DIE KÜNDIGUNG VOR ARBEITSANTRITT

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Hubert Nieland

Referendar in Berlin

1965

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546516_0027

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

DIE KÜNDIGUNG VOR ARBEITSANTRITT

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Hubert Nieland

Referendar in Berlin

1965

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Götz HUECK
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Herbert WIEDEMANN

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Oktober 1965

GLIEDERUNG

Seite

I. PROBLEM UND STREITSTAND 1

1. Die Bedeutung des Problems 1
2. Der Streitstand im einzelnen 2

a) Die Rechtsprechung 4
b) Die Rechtslehre 7
c) Folgerungen 11

II. DIE MÖGLICHKEITEN ZUR LÖSUNG DES UNTER I. DARGESTELLTEN PROBLEMS 12

1. Die Beendigungsmöglichkeiten 12

a) Die Beendigungsvorbehalte 12
b) Die gesetzlichen Beendigungsrechte 13

2. Der generelle Ausschluß solcher Beendigungsmöglichkeiten 15
3. Die verbleibende Beendigungsmöglichkeit 16

III. DIE KÜNDIGUNG 18

1. Allgemeine Kennzeichnung der Kündigung 19
2. Das Dauerschuldverhältnis 19

a) Die Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses 20

aa) Der Verpflichtungszustand 20
bb) Die geschuldete Leistung 21

aaa) Die Art der Leistungsbewirkung 21
bbb) Der Leistungsinhalt 21
ccc) Die Bestimmung des Leistungsquantums 25

b) Der Aufbau des Dauerschuldverhältnisses 29

aa) Das Einzelforderungen erzeugende Stammrecht 29
bb) Die Annahme einheitlicher Forderungen auf Leistung für die Vertragszeit 31

c) Zusammenfassung 32

3. Die Funktion der Kündigung 32
4. Die Arten der Kündigung 33

IV. DAS RECHTSVERHÄLTNIS VOR ARBEITSANTRITT UND DIE KÜNDIGUNG 34

1. Die rechtliche Bedeutung des Arbeitsantritts 34

a) Der tatsächliche Arbeitsantritt 34
b) Der für den Arbeitsantritt vorgesehene Zeitpunkt 36

2. Die Rechtslage vor Arbeitsantritt 39
3. Die Kündigung bei dieser Rechtslage 40

a) Das Kündigungsrecht 40
b) Die Erklärung der Kündigung vor Arbeitsantritt 42
c) Die Rechtswirkungen der vor Arbeitsantritt erklärten Kündigung 42

aa) Die befristete Kündigung 43
bb) Die an bestimmte Termine gebundene Kündigung 45
cc) Die unbefristete Kündigung 46
dd) Die jederzeit mögliche Kündigung 48
ee) Zusammenfassung 48

d) Die Bedeutung der Kündigungsbeschränkungen für die vor Arbeitsantritt erklärte Kündigung 49

aa) Der Kündigungsschutz 49
bb) Die gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung vor Arbeitsantritt 49
cc) Die Kündigung zur Unzeit 50
dd) Die Anhörung des Betriebsrates 51
ee) Zusammenfassung 51

e) Kündigungserleichterungen 51

V. DAS ERGEBNIS 52

LITERATURANGABEN

Arnold, Karl	Betrachtungen über Miethe und Pacht, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Staudinger, 63. Jahrgang S. 357
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Konrad Duden, 16. Auflage, München und Berlin 1964
Becker, Josef	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz), Kommentar, Berlin und Frankfurt a/M 1955
Beitzke, Günther	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede an der Elbe 1948
Berger, Walter	Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrage, Diss. Leipzig 1930/680
Birnbaum, Bruno	Kündigungen, Entlassungen, Betriebseinschränkungen, Berlin 1920
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a/M 1964
--	Studien zur Bedigungslehre, I. Teil: Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte, Berlin und Leipzig 1939
Bötticher, Eduard	Vertragstheorie und Eingliederungstheorie, Recht der Arbeit 1955 S. 321
Brand, L.	Zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Antritt der Arbeit, Das Recht im Amt 1963 S. 71
Brandt, Hans	Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung?, Deutsche Rechtswissenschaft 6. Band S. 67, 1941
Brückner, Herrmann	Die Miete, 2. Auflage, Leipzig 1902
Bulla, Gustav-Adolf	Kommentar zum Mutterschutzgesetz, München und Berlin 1954
Bydlinski, Franz	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen, Festschrift für Artur Steinwenter zum 70.Geburtstag, Graz, Köln 1958 S. 140

Dersch, Herrmann	Arbeitsrecht, von Walter Kaskel, bearbeitet von Herrmann Dersch, 4. Auflage Berlin 1938 5. Auflage Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957 (zitiert: Kaskel-Dersch)
--	Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, begründet von Herrmann Dersch, fortgeführt von Dirk Neumann, 3. Auflage, München, Berlin 1964
--	Werdendes Arbeitsrecht, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1935 S. 368
Diekhoff, Ludwig	Zur Kündigung vor Dienstantritt des Arbeitnehmers, Der Betriebs-Berater 1963, 2. Halbband S. 978
Dietz, Rolf	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München und Berlin 1960
Dietz-Nikisch	Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954, von Rolf Dietz und Arthur Nikisch
Düll, Rudolf	Zur Lehre vom Widerruf, München und Berlin 1934
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, I. Band, Allgemeine Einleitung und §§ 1 bis 104, 3. Auflage von Karl Geiler, Viktor Hoeniger und Julius Lehmann, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
Eberhardt, R.	Zinsen, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, 55. Jahrgang S. 472, 56. Jahrgang S. 30
Ebhardt, Herrmann	Die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, Diss. Leipzig 1934/3
Eccius	Besprechung des Buches: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts von Carl Crome, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, 45. Jahrgang S. 435
Eckstein, Ernst	Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, Archiv für Bürgerliches Recht, Band 37 S. 390

Ehrenzweig, Armin	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage, 2. Band, Erste Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1928
Eltzbacher, Paul	Die Unterlassungsklage, Berlin 1906
Enneccerus, Ludwig	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Bearbeitung von Hans Carl Nipperdey Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen 1959 Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte; Ansprüche und Einreden; Ausübung und Sicherung der Rechte, Tübingen 1960
--	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958
--	Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Abteilung 2: Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte, Marburg 1889
Erman, Walter	Handkommentar zum BGB, 3. Auflage bearbeitet von Karl Arndt u.a., Münster 1962
Esser, Josef	Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
Fauth, Werner	Kündigung und Arbeitsvertragsbruch vor Antritt einer neuen Arbeitsstelle, Der Betrieb 1961 S. 707
Farthmann, Friedhelm	Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, Recht der Arbeit 1960 S. 5
Feller, Hans	Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen vor Arbeitsantritt, Juristenzeitung 1964 S. 210
Fischer, Otto und Henle, Wilhelm	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage, herausgegeben von Heinrich Titze, München 1932
Fitting-Kraegeloh-Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 6. Auflage 1962 von Karl Fitting und Fritz Auffarth, Berlin und Frankfurt a/M 1958
Franke, K.	Die Auflösung des Arbeitsvertrags zwischen Vertragsschluß und Aufnahme der Arbeit, Arbeit und Sozialfürsorge (DDR) 1955 S. 404 und S. 439

Fürst, Friedrich	Kann ein Mietvertrag vor seinem Inkrafttreten auf den Zeitpunkt des beabsichtigten Inkrafttretens gekündigt werden?, Das Recht 1905 S. 589
Gericke, Karlheinz	Die Kündigung vor Dienstantritt, Der Betrieb 1958 S. 1157
von Gierke, Otto	Dauernde Schuldverhältnisse, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 64. Band S. 355
--	Deutsches Privatrecht, Band 3, Schuldrecht, München und Leipzig 1917 (zitiert: v. Gierke, Privatrecht III)
Goerrig, Franz	Kündigungen vor Dienstantritt, Juristische Rundschau 1926, Band I Aufsätze, Spalte 837
Gräßli, Max	Die außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweizerischem Recht, Bern 1929
Grub	Kündigung eines Arbeitsvertrages vor Beginn der tatsächlichen Beschäftigung, Der Betriebs-Berater 1957 S. 1275
Gschnitzer, Franz	Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, Erster Teil: Die Kündigung und das Dauerrechtsverhältnis, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 76. Band S. 317 Zweiter Teil: Die Lehre von der Kündigung, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 78. Band S. 1
Haberkorn, Kurt	Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor Dienstantritt, Recht der Arbeit 1964 S. 246
Hagen, W.	Das vorzeitige Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten nach § 570 BGB, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1907 S. 380, 403
von Hartwig	Kann ein Mietvertrag vor seinem Inkrafttreten auf den Zeitpunkt des beabsichtigten Inkrafttretens gekündigt werden?, Das Recht 1905 S. 641
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

Heintges, Herbert	§ 626 BGB als zwingender Rechtssatz, Diss. Köln 1930/78
Heldrich, Karl	Die verzinsliche Frauenhypothek, Ein Beitrag zur Lehre vom Nießbrauch an verzinslichen Forderungen, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 78. Band S. 259
Hellwig, Konrad	Anspruch und Klagrecht, Leipzig 1924
--	Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, I. Band, Leipzig 1903
Henle, Rudolf	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I Allgemeiner Teil, Berlin 1926
Hentschel	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, Deutsches Arbeitsrecht 1936 S. 299
Herholz, Felix	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, Archiv für die zivilistische Praxis, Band 130 S. 257
Herschel, Wilhelm	Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in Arbeit und Recht 1962 S. 61, Arbeit und Recht 1962 S. 63
Herschsohn, Heinrich	Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926
Hodler, Ernst	Der Widerruf, Diss. Bern 1909
Hueck, Alfred	Anmerkungen: Zur Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts ARS 18 S. 257 in ARS 18 S. 259, zur Entscheidung des Reichsarbeitsberichts ARS 19 S. 159 in ARS 19 S. 163, zur Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts ARS 25 S. 119 in ARS 25 S. 120, zur Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts ARS 37 S. 230 in ARS 37 S. 241, zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Bremen AP 1952 Nr. 94 S. 446 in AP 1952 S. 452

Hueck, Alfred	Die Beendigung des Arbeitsvertrags, in Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes, Kritische juristische Untersuchungen unter Mitwirkung von Alfred Hueck und Erwin Riezler, herausgegeben von Erich Molitor, 10. Kapitel S. 187, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
--	Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band von Alfred Hueck, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a/M 1963 (zitiert: Hueck, Lehrbuch)
--	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, Deutsches Arbeitsrecht 1938 S. 180
--	Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, Stuttgart 1921 (zitiert: Hueck, Kündigung)
--	Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München, Berlin 1961
--	Der Sukzessivlieferungsvertrag, München, Berlin, Leipzig 1918
--	Vertragstheorie und Eingliederungstheorie, Recht der Arbeit 1955 S. 323
Hug, Walter	Das Kündigungsrecht, Band I, Die Probleme des Kündigungsrechts, Die arbeitsrechtlichen Grundlagen, Aarau 1926, Band II, Das geltende Recht und seine Fortbildung, Aarau 1927 (zitiert: Hug II)
Immerwahr, Walter	Die Kündigung, Breslau 1898
Isele, Helmut Georg	Das suspendierte Arbeitsverhältnis, Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, herausgegeben unter Mitwirkung von Hans Carl Nipperdey, S. 107, Münster, Berlin 1962
Jacobi, Erwin	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
Jadesohn	Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands, Berlin 1923

Jaeger, Ernst	Konkursordnung, 8. Auflage, bearbeitet von Friedrich Lent und Friedrich Weber, Band 1, §§ 1 - 70, Berlin 1958
Joachim, Hans G.	Kann die Änderung des Arbeitsvertrages durch eine Teilkündigung erfolgen?, Recht der Arbeit 1957 S. 326
Käuffer, Josef	Vor- und Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Köln 1959
Kaskel, Walter	Arbeitsrecht, bearbeitet von Herrmann Dersch, 4. Auflage, Berlin 1932, 5. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957 (zitiert: Kaskel-Dersch)
Kisch, Wilhelm	Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900
Klaffenbach, Walter	Die grundlose Entlassung des Angestellten, Berlin 1913
Kohler, Josef	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Teil, Schuldrecht, Berlin 1906
Kreller, Hans	Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Archiv für die zivilistische Praxis, Band 125 S. 1
Kreß, Hugo	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München, Berlin 1934
Kretschmar, Paul	Die Erfüllung, Leipzig 1906
Krückmann	Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Zweiter Beitrag, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 59. Band S. 20 und S. 233
--	Einige Bemerkungen zu den "dauernden Schuldverhältnissen", Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 66. Band S. 1
Krull, Heinz	Bedingte und betagte Forderungen bei Dauerschuldverhältnissen, Diss. Berlin 1935/188
Kupfer	Vorzeitige Kündigung des Dienstvertrags, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1919 S. 276

Künstler, Leopold	Der Bierlieferungsvertrag und die weiteren Verträge zur Sicherung des Absatzes im Braugewerbe, 3. Auflage, Nürnberg 1957
Landmann-Rohmer	Gewerbeordnung, Kommentar von Robert von Landmann, 8. Auflage, herausgegeben von Gustav Rohmer, 2. Band, 2. Teil, München 1932 11. Auflage, neu bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 2. Band, München, Berlin 1956
Landsberger	Kündigung des Dienstverhältnisses, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1913 Spalte 175
Langheineken, Paul	Anspruch und Einrede, Leipzig 1905
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1964 (zitiert: Larenz I) Zweiter Band, Besonderer Teil, 6. Auflage, München und Berlin 1964 (zitiert: Larenz II)
--	Vertrag und Unrecht, 1. Teil, Vertrag und Vertragsbruch, Hamburg 1936
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin 1960
--	Die Unterlassungsklage, München 1906
Lenz, Heinz	Das Wiederkehrschuldverhältnis, Diss. Marburg 1930/236
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929
Litten, Fritz	Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1903
Löning, George A.	Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, Jena 1930
Lotmar, Philipp	Der Arbeitsvertrag, Erster Band, Leipzig 1902
Lufft, Dieter	Das Recht des Arbeitnehmers zur außerordentlichen Kündigung bei günstigerem Stellenangebot, Der Betrieb 1962 S. 540

Mansfeld, Werner	Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, Juristische Wochenschrift 1936 S. 481
Maurer, Kurt	Betriebszugehörigkeit, I Übersicht, Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis, herausgegeben von Friedrich Sitzler
Maus, Wilhelm	Kündigung vor Arbeitsantritt, Handbuch des Arbeitsrechts, herausgegeben von Wilhelm Maus, 3. Auflage, Band VI A Nr. 108
--	Die Stellung des Arbeitsrechts in der bürgerlichen Rechtsordnung, Handbuch des Arbeitsrechts, herausgegeben von Wilhelm Maus, 3. Auflage, Band I Seite 40
Mittelstein, Max	Die Miete, 4. Auflage von Carl Stern und Kurt Mittelstein, Berlin 1932 (zitiert: Mittelstein-Stern)
--	Streitfragen aus dem Mietrecht, Das Recht 1910 S. 266
Molitor, Erich	Die Kündigung, 2. Auflage, Mannheim 1951
--	Kündigung vor Vertragserfüllung, Arbeitsrecht 1932 Spalte 671
--	Kündigung vor Beginn der Vertragserfüllung, Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis, herausgegeben von Friedrich Sitzler, Kündigung I B Übersicht VII
--	Kündigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, Recht der Arbeit 1955 S. 41
Müller-Erzbach, Rudolf	Über den Rücktritt bei "sukzessiven Lieferungsgeschäften" und ähnlichen Verträgen, Deutsche Juristen-Zeitung 1904 Spalte 1158
Nehm, Eduard	Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, Kiel o.J.
Neumann, Adolf	Sofortige Kündigung aus wichtigem Grunde im Sinne der §§ 70, 71, 72 HGB (Entlassung, sofortiger Austritt), Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin, Zweiter Band, Berlin 1910 S. 86

Neumann-Duesberg, Horst	Betriebsverfassungsrecht, Ein Lehrbuch, Berlin 1961
Niendorff, Oskar	Mietrecht, 10. Auflage, Berlin 1914
Nikisch, Arthur	Der Anstellungsvertrag, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 80. Band S. 1
--	Das Arbeitsgesetzbuch und die Lehre vom Arbeitsverhältnis, Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, herausgegeben unter Mitwirkung von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962 S. 83
--	Arbeitsrecht, I. Band, 3. Auflage, Tübingen 1961 (zitiert: Nikisch, Lehrbuch)
--	Das Arbeitsverhältnis im Betrieb, 1944 o.O. (zitiert: Nikisch, Arbeitsverhältnis)
--	Vom Arbeitsverhältnis, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, Berlin 1937 S. 295
--	Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin, Leipzig, Wien 1941 (zitiert: Nikisch, Arbeitsvertrag)
--	Dienstpflicht und Arbeitspflicht, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, herausgegeben von Rolf Dietz, Alfred Hueck und Rolf Reinhardt, München, Berlin 1955 S. 63
--	Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926 (zitiert: Nikisch, Grundformen)
--	Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, Leipzig 1947
Nipperdey, Hans Carl	Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, Deutsches Arbeitsrecht 1937 S. 142
Oertmann, Paul	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927 Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung §§ 241 - 432, Berlin 1928, Zweite Abteilung §§ 433 - 853, Berlin 1929
--	Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923

Oertmann, Paul	Leistungshandlung und Leistungserfolg, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Band 93 S. 356
--	Die Rechtsbedingung (condicio iuris), Leipzig, Erlangen 1924
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bernhard Danckelmann u.a., 24. Auflage, München, Berlin 1965
Palme, A.	Kündigung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1958, Ausgabe Westdeutschland S. 77, Ausgabe Berlin S. 109
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Emil Strohal, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1913 II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (allgemeiner Teil), bearbeitet von Heinrich Siber, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil), bearbeitet von Knoke u.a., 4. Auflage, Berlin, Leipzig 1928
Rauchfuß, Kurt	Studie zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen, Diss. Leipzig 1936/203
Reichel, Hans	Kündigung vor Miet- oder Dienstbeginn, Leipziger Zeitschrift 1923 Spalte 523
Reinhardt, Rudolf	Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, unter Mitwirkung von Freunden und Kollegen herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Karlsruhe 1957 S. 125
Reuß, W.	Die "vorsorgliche" Kündigung, Deutsches Arbeitsrecht 1936 S. 236
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage,

I. Band, 1. Teil: Allgemeiner Teil, Berlin 1959,
2. Teil: Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 241 - 432, Berlin 1960
II. Band, 1. Teil: Einzelne Schuldverhältnisse,
§§ 433 - 704, Berlin 1959

Richter, Lutz — Endigung des Arbeitsverhältnisses, Deutsches Arbeitsrecht 1938 S. 196

Riezler, Erwin — Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung, Archiv für Bürgerliches Recht, 27. Band S. 219

Ritter, Karl — Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München und Berlin 1932

Roquette, Herrmann — Mietrecht, 5. Auflage, Tübingen 1961

Rüstig, Herrmann — Kündigung vor Arbeitsantritt, Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis, herausgegeben von Friedrich Sitzler, Kündigung I C

Ruth, Rudolf — Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, Mannheim, Berlin und Leipzig 1926

Salinger — Kann der versetzte Beamte auch ein noch nicht begonnenes Mietverhältnis auf Grund des § 570 BGB aufheben?, Deutsche Juristen-Zeitung 1904 Spalte 594

Schlegelberger — HGB, 4. Auflage von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, 1. Band 1960, Berlin, Frankfurt a/M (zitiert: Schlegelberger-Schröder)

Schlessmann, Karl — Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, München 1962

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig — Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954

Schoan — Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliche Treuegemeinschaft, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1936 S. 708

Schöninger, Adolf — Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1906

Seckel, Emil	Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50-jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden Richard Koch, Berlin 1903 S. 205, auch als Sonderausgabe erschienen und von der Wissenschaftlichen Buchgemeinschaft e.V. Darmstadt herausgegeben, Darmstadt 1954
Siber, Heinrich	Schuldrecht, Leipzig 1931
--	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 70. Band S. 223
--	Erfüllung im Schuldrecht des BGB, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Zweiter Band, Berlin, Leipzig 1927, S. 329
--	Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 50. Band S. 55
Siebert, Wolfgang	Arbeitsvertrag, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, herausgegeben von Erwin von Beckerath u.a., Erster Band, Stuttgart, Tübingen 1956, S. 376
--	Arbeitsverhältnis und Vertrag, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1936 S. 93
--	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, Deutsches Arbeitsrecht 1937 S. 305 und S. 338
--	Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936, Deutsches Arbeitsrecht 1937 S. 14 und S. 44
--	Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, Der Betriebs-Berater 1960 S. 1029
--	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis, Deutsches Arbeitsrecht 1935 S. 95
Sigel, Walther	Der gewerbliche Arbeitsvertrag, Stuttgart 1903

Simitis, Spiros	Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt a/M 1957
Sinzheimer, Hugo	Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Jena 1927
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stuttgart 1952, 9. Auflage, neu herausgegeben von Wolfgang Siebert, Stuttgart 1959 II. Band, Einzelne Schuldverhältnisse, 8. Auflage, Stuttgart 1952, 9. Auflage, neu herausgegeben von Wolfgang Siebert, Stuttgart 1962, bearbeitet von Ballerstedt u.a.
Stammler, Rudolf	Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, Erster Band, 1.Halbband 1932, bearbeitet von Albert Pinner, Felix Bondi, Wilhelm Gadow und Eduard Heinichen, 1.Buch §§ 1 - 104 von Bondi (zitiert: Staub-Bondi)
von Staudinger, J.	Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing, Berlin 1957 II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 242, erläutert von Wilhelm Weber, 10. Auflage, Berlin 1940 Teil 1 b, § 242 erläutert von Wilhelm Weber, 11. Auflage, Berlin 1961 Teil 2, §§ 433 - 610, insbesondere §§ 535 ff erläutert von Fritz Kiefersauer, 11. Auflage, Berlin 1955 Teil 3, §§ 611 - 704, erläutert von Hans Carl Nipperdey, Heinz Mohnen, Dirk Neumann und Herrmann Riedel (zitiert: Staudinger-Nipperdey), 11. Auflage, Berlin 1958
Steinberger, Max	Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge), Diss. Erlangen 1910/91
Stelter, Klaus	Das Recht der Kündigung, Berlin (Ostsektor), 1958
Stintzing, Wolfgang	Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Jena 1903

Stoll, Heinrich	Vertrag und Unrecht, 4. Auflage von Wilhelm Felgentraeger, Tübingen 1944
Strauß, Max	Die Miete, 1908
Thiele	Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Archiv für die zivilistische Praxis, Band 89 S. 85
Titze, Heinrich	Das kaufmännische Hilfspersonal, Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Victor Ehrenberg, Band 2, Abschnitt 3, 2. Kapitel, Leipzig 1918, S. 545
--	Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin 1932, Neudruck 1948
Trappenberg, Erwin	Die rechtliche Bedeutung der Kündigung, Diss. Erlangen 1898/74
von Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910 Zweiter Band, 2. Hälfte, München und Leipzig 1918
Ueckermann, Ulrich	Der Bierlieferungsvertrag, Diss. Heidelberg 1908/587
Volkhausen, Alhard	Das Recht der fristlosen Entlassung, Berlin 1927
Wallach, Käte	Nichtige Kündigungen, Diss. Köln 1931/687
Wallmeyer, Josef	Die Kündigung des Arbeitsvertrags aus wichtigem Grund, Stuttgart 1962
Würdinger, Hans	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von den Reichsgerichtsräten, Erster Band, §§ 1 - 104, 2. Auflage von Hans Würdinger, Berlin 1953 (zitiert: Würdinger in RGR-K z. HGB)
Wüst, Peter	Die "Kündigung zur Unzeit", Der Betriebs-Berater 1963 S. 609
Wunner, Sven Erik	Kündigung vor Dienstantritt des Arbeitnehmers, Der Betriebs-Berater 1963 S. 97

Zander, Alexander — Zur Lehre von den Sukzessiv- und Dauerverträgen, Diss. Würzburg 1909/163

Zepos, Panajiotis — Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses, Archiv für die zivilistische Praxis, Band 155 S. 486

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
AGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte, 1950 - 1954 (Jahr, Nummer) danach: Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts- Arbeitsrechtliche Praxis (Nummer zu § ...)
Arbeitsrecht	Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten (Jahr, Spalte)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis, herausgegeben von Friedrich Sitzler
ArbG	Arbeitsgericht
ARS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, verlegt bei Bensheimer (Band, Seite)
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr, Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht, zugleich amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BayZ oder Bayr. Zeitschrift	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Jahr, Seite)
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Betrieb	Der Betrieb (Jahr, Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof, auch Entscheidungen in Zivilsachen (Band, Seite)
BVG	Betriebsverfassungsgesetz
DArbR	Deutsches Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
GewO	Gewerbeordnung
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
Iher. Jb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)

JR	Juristische Rundschau (Jahr, Spalte)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KG-Blätter	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (Jahr, Seite)
KO	Konkursordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, Leitsätze und Entscheidungen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (LM Nummer ... zu § ...)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Spalte)
Motive E I	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht, zugleich Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band, Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr, Seite)
Recht im Amt	Zeitschrift "Das Recht im Amt" (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht, zugleich amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RGR-K. z. HGB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von den Reichsgerichtsräten
S.	Seite
SchwBG	Schwerbeschädigtengesetz
SeemG	Seemannsgesetz
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern (Band, Seite)
Sp.	Spalte

v.	von
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Band, Seite)

I. PROBLEM UND STREITSTAND

1. DIE BEDEUTUNG DES PROBLEMS

Nicht selten kommt es zu Arbeitsverträgen, nach denen die Arbeit nicht sofort, sondern erst später aufgenommen werden soll, weil die Parteien z.B. noch anderweitig gebunden sind, diese Rechtsbeziehungen aber beenden wollen, oder der Arbeitsplatz noch nicht betriebsfertig ist. Trotz dieser Hindernisse für den sofortigen Arbeitsantritt binden die Parteien sich schon jetzt. Der Arbeitnehmer will sich, besonders bei Arbeitslosigkeit, den Arbeitsplatz, der Arbeitgeber, vor allem bei Arbeitskräftemangel, die Besetzung des Arbeitsplatzes sichern.

Nach Abschluß des beschriebenen Vertrags versucht aber nicht selten der Arbeitgeber oder, wie es bei der gegenwärtigen Fluktuation der Arbeitskräfte häufiger vorkommt, der Arbeitnehmer, sich noch vor Arbeitsaufnahme durch Kündigung von dieser Vereinbarung wieder zu lösen. Der Arbeitgeber muß z.B. mit einem Geschäftsrückgang rechnen und kann deshalb seine Produktion nicht erweitern oder der Arbeitnehmer hat inzwischen eine bessere Stellung gefunden. Verweigert nun der Arbeitgeber die Beschäftigung oder der Arbeitnehmer die Arbeitsaufnahme, dann muß entschieden werden, ob eine solche Kündigung vor Arbeitsantritt grundsätzlich möglich ist oder nicht.

Soll z.B. nach einer Vereinbarung vom 1.5. jemand vom 1.6. ab als gewerblicher Arbeiter beschäftigt werden, dann ergibt sich die Frage, ob nach § 122 GewO schon am 8.5. zum 22.5. oder am 25.5. zum 8.6. oder am 31.5. zum 14.6. oder überhaupt fristlos vor dem 1.6. gekündigt werden kann, oder ob diese Erklärungen oder zumindest ihre Wirkungen erst nach dem 1.6. oder der tatsächlichen Arbeitsaufnahme möglich sind.

Allgemein ausgedrückt handelt es sich darum, ob die Kündigung schon vor Arbeitsantritt überhaupt erklärt werden kann, ob diese Erklärung die Folge hat, daß es zum Arbeitsantritt nicht mehr kommt, oder ob der Termin, zu dem gekündigt wird, und wenigstens teilweise die Kündigungsfrist in die Zeit nach Arbeitsantritt fallen müssen.

Die prozessuale Bedeutung dieser Fragen zeigt sich vor allem bei der Beweislast. Bei grundsätzlicher Zulässigkeit der Kündigung vor Arbeitsantritt würde der Beklagte, der sich auf seine Kündigung beruft, weder darzulegen noch zu beweisen brauchen, daß diese Kündigung vertraglich zugelassen sei. Vielmehr müßte der Kläger ihren Ausschluß dartun und notfalls beweisen. Dagegen wären die Behauptungslast und die Beweislast umgekehrt verteilt, wenn die Kündigung vor Arbeitsantritt grundsätzlich unmöglich wäre.

Da diese Fragen mit der Auffassung von dem Wesen der Kündigung selbst zusammenhängen, treten sie nicht nur im Arbeitsrecht, sondern z.B. auch im

Mietrecht [1] und beim Darlehen [2] auf.

2. DER STREITSTAND IM EINZELNEN

Daß die Kündigungserklärung selbst unwirksam sei, nur weil sie schon vor Arbeitsantritt abgegeben wurde, ist nur vereinzelt behauptet worden [3].

Überwiegend wird die Kündigungserklärung nicht schon aus diesem Grunde für unwirksam angesehen [4].

Umstritten, besonders bei der ordentlichen Kündigung, ist im Grunde nur, ob die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt beginnen könne und die Kündigung zu einem vor dem Arbeitsantritt liegenden Termin möglich sei [5], oder ob die Kün-

1) KG OLG 20/191; LG Lübeck, Deutsches Wohnungsarchiv 1937/538; Arnold Seuff. Bl. 63/357; Brückner S. 124 Note 3; Fischer-Henle-Titze § 564 BGB Anm. 4; Fürst, Recht 1905/589; Hartwig, Recht 1905/641; Kreß S. 92, 95 Note 115; Mittelstein-Stern S. 466; Niendorff S. 346; Planck-Greiff § 564 BGB Anm. 2; Reichel, LZ 1923 Sp. 523; Ruth S. 252; Salinger, Deutsche Juristen-Zeitung 1904 Sp. 594; Staudinger-Kiefersauer § 564 BGB Anm. 20; Strauß S. 122.

2) Thiele AcP 89/85.

3) LG Lübeck, Deutsches Wohnungsarchiv 1937 Sp. 539.

4) Gewerbegericht Leipzig, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1919 Sp. 223; LAG Bremen AP 1952 Nr. 94; Immerwahr S. 165; Jadesohn S. 116 zu § 626 BGB; Maurer, AR-Blattei, Betriebszugehörigkeit E I; davon gehen auch alle in den beiden folgenden Anmerkungen genannten Entscheidungen und Autoren stillschweigend aus.

5) KG OLG 20/191; Gewerbegericht Berlin, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1924 Sp. 493; LG Berlin KG-Blätter 1927 S. 20; LAG Mannheim BB 1956/1068; LAG Stuttgart BB 1957/1038 für die Kündigung durch den Arbeitnehmer; LAG Kiel BB 1959/739; LAG Niedersachsen Betrieb 1961/311; LAG Düsseldorf (2. Kammer Köln) BB 1962/1331; ArbG Göttingen BB 1963/142; Brand, Recht im Amt 1963/71; Diekhoff BB 1963/978; Fauth Betrieb 1961/707; Feller JZ 1964/210; Fürst Recht 1905/589; Gericke Betrieb 1958/1157; Goerrig JR 1926 Band I. Sp. 837, 840, 842; Haberkorn RdA 1964/246; Hueck, Kündigung S. 22, 30; Hueck, Anmerkungen in ARS 18/259 und AP 1952 Nr. 94 S. 452 ff; Hueck bei Molitor-Hueck-Riezler S. 196; Hueck in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1 § 56 VII 2 S. 555 f; Hug II S. 84, 98 f; Kreller AcP 125/1, 126 Note 417; Kupfer BayZ 1919 S. 277; Landmann-Rohmer, 8. Auflage § 122 GewO Anm. 2 a; Lotmar S. 519; Staudinger-Nipperdey, Vorbemerkung Nr. 56 zu §§ 611 ff BGB; Palme, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Ausgabe Westdeutschland) 1958/77, 78; (Ausgabe Berlin) 1958/109, 111; Rauchfuß S. 7; Reichel LZ 1923 Sp. 523, 524; Richter DArbR 1938/196 f; Ritter § 66 HGB

digungsfrist zumindest teilweise und jedenfalls der Termin, zu dem gekündigt wird, zeitlich dem Arbeitsantritt folgen müßten [1].

Dagegen besteht über die Wirkung der unbefristeten, also in der Regel außerordentlichen, Kündigung vor Arbeitsantritt kaum Meinungsverschiedenheit. Überwiegend wird eine solche Kündigung vor Arbeitsantritt zugelassen [2]. Dabei meinen manche, sie beende das Rechtsverhältnis schon mit ihrem Zugang [3]. Andere aber lassen diese Wirkung erst zu dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen

---

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 2:
Anm. 4; Rüstig AR-Blattei, Kündigung I C, Kündigung vor Arbeitsantritt; Sigel S. 162; Stelter S. 21; Trappenberg S. 62 Note 47; Volkhausen S. 31.

1) OLG Frankfurt Recht 1902/269 Nr. 1365; Gewerbegericht Leipzig, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1919 Sp. 223; RAG ARS 18/257; LAG Bremen AP 1952 Nr. 94; LAG Stuttgart BB 1957/1038 für die Kündigung durch den Arbeitgeber; LAG Düsseldorf (Kammer Köln) BB 1958/117; ArbG Ulm Arbeitsrecht in Stichworten Band XVII S. 59 Nr. 179; BAG BB 1964/1341; Arnold Seuff. Bl. 63/357; Beitzke, Nichtigkeit S. 20; Brückner S. 124 Note 3; Düringer-Hachenburg § 66 HGB Anm. 5; Enneccerus-Lehmann § 148 V S. 632; Fischer-Henle-Titze § 564 BGB Anm. 4; Esser § 83, 5 S. 369; Landmann-Rohmer, 11. Auflage von Eyermann-Fröhler § 122 GewO Anm. 2 a; Franke, Arbeit und Sozialfürsorge 1955/439; Grub BB 1957/1275; Gschnitzer Iher. Jb. 76/345, 395; Hartwig, Recht 1905/641; Herschsohn S. 24; Immerwahr S. 165; Kaskel-Dersch, 4. Aufl. § 39 I pr. S. 222; Kohler S. 269; Kreß S. 95 Note 115; Landsberger, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1913 S. 175; Maurer, AR-Blattei Betriebszugehörigkeit E I; Mittelstein-Stern S. 466 Note 11; Molitor, Kündigung S. 19; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671 ff; Molitor, AR-Blattei Kündigung, Übersicht VII; Molitor RdA 1955/41 f; Nehm S. 119; Niendorff S. 346; Nikisch, Lehrbuch § 48 III 3 S. 698; Nikisch, Festschrift für Lehmann 1936 S. 295, 310; Oertmann § 564 BGB Anm. 2 h; Planck-Knoke § 564 BGB Anm. 2 i; Ruth S. 252; Salinger, Deutsche Juristen-Zeitung 1904 S. 594 f; Schnorr von Carolsfeld S. 360 und Note 5; Schlegelberger-Schröder § 66 HGB Anm. 11; Staub-Bondi § 66 HGB Anm. 8; Staudinger-Kiefersauer § 564 BGB Anm. 20; Strauß S. 122; Thiele AcP 89/85, 161 f; Titze, Ehrenbergs Handbuch, Band 2, § 120 Nr. 3 S. 675; Wunner BB 1963/97; Würdinger in RGR-K z. HGB § 66 Anm. 8.

2) Anders nur Reuß DArbR 1936 S. 258; Gschnitzer Iher. Jb. 76/317, 394; Neumann, Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin, Band 2, 1910 S. 86, 93; Nehm S. 25, 27.

3) OLG Stettin, Recht 1906/50 Nr. 26; LAG Mannheim BB 1956/1068; Titze, Ehrenbergs Handbuch Band 2 § 124 Nr. 1 a S. 705; Volkhausen S. 31.

Zeitpunkt eintreten, Arbeitsantritt und Beendigung also zusammenfallen [1].

a) Die Rechtsprechung

Mit einer Kündigung vor Dienstantritt beschäftigte sich, soweit ersichtlich, zuerst das OLG Hamburg. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1891 hielt es eine Kündigung vor Beginn des Dienstverhältnisses für möglich [2].

Zu dem gleichen Ergebnis kam 1909 das Kammergericht in einem Fall, in dem ein Mieter zwischen Abschluß des Mietvertrages und Einzug gestorben war und die Erben nach § 569 BGB gekündigt hatten [3]. Das Gericht leugnete einen Gegensatz zwischen Mietvertrag und Mietverhältnis und betrachtete die bis zum Beginn der Mietzeit betagten Mietzinsforderungen als schon mit dem Mietvertrag begründet. Die Fälligkeit dieser Forderungen bei Mietbeginn begründe kein dem Mietvertrag gegenüber selbständiges Rechtsverhältnis.

Dieser Ansicht folgte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1924 das Gewerbegericht Berlin für das Arbeitsrecht [4].

Ebenso entschied zwei Jahre später das Landgericht Berlin mit dem Hinweis, daß auch einem beurlaubten Arbeitnehmer gekündigt werden könne, obwohl dieser von der Arbeitspflicht ebenso befreit ist, wie jemand vor Arbeitsantritt [5]. Das Gericht beruft sich auch auf den Zweck der Kündigungsfrist und hält es aus wirtschaftlichen Erwägungen für wenig sinnvoll, die Kündigungsfrist erst mit dem Arbeitsantritt beginnen zu lassen, weil die Zeit der Einarbeit ohnehin die schwierigste und für den Arbeitgeber die am wenigsten nützliche sei. Nur der Zweck der Dienste oder die Annahme, die Parteien hätten die Kündigung vor Arbeitsantritt ausgeschlossen, wenn sie bei Vertragsschluß an diese Möglichkeit gedacht hätten, könnten eine andere Entscheidung rechtfertigen.

Auch die neuere Rechtsprechung neigt dazu, den Ablauf der Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt für möglich anzusehen [6].

Insbesondere das LAG Niedersachsen [7] betont die Identität zwischen den Rechtsfolgen des Arbeitsvertrags und dem Rechtsverhältnis nach Arbeitsantritt und

---

1) RAG ARS 19/159; 18/257, 259; ArbG Ulm, Arbeitsrecht in Stichworten Band XVII S. 59 Nr. 179; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 680; Molitor AR-Blattei, Kündigung I B, Übersicht VII.

2) ZHR 40/452.

3) OLG 20/191.

4) Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1924 Sp. 493.

5) KG-Blätter 1927 S. 20; LG Kiel laut Potthoff-Jadesohn-Meissinger, Rechtsprechung des Arbeitsrechts 1914-1927, 2. Aufl. 1927 Nr. 1081 d, S. 212.

6) LAG Mannheim BB 1956/1068; LAG Kiel BB 1959/739; ArbG Göttingen BB 1963/142; ArbG Hildesheim, Arbeitsrecht in Stichworten Band XXVIII S. 189 Nr. 340.

7) LAG Niedersachsen, Betrieb 1961/311.

hebt hervor, daß es sich dabei nicht um ein zweistufiges Schuldverhältnis handle.

Für diese Ansicht bezieht sich das Gericht auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts [1], in der ein Arbeitnehmer, der wegen einer anderen Stellung den Arbeitsantritt verweigerte, wegen Vertragsbruchs dazu verurteilt wurde, die in § 124 b GewO bestimmte Entschädigung zu zahlen.

Ferner sieht das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in den §§ 628 Abs. 1 Satz 1 und 542 Abs. 1 BGB Regelungen einer Kündigung vor Beginn des Erfüllungsstadiums und hält es im Fall des § 671 Abs. 1 BGB für wenig sinnvoll, den Beauftragten unbedingt einen Schritt zur Ausführung des Auftrags tun zu lassen, damit er kündigen kann.

Wenn nach der Gegenansicht vor Arbeitsantritt die außerordentliche Kündigung Rechtswirkungen habe, dann müsse für die ordentliche Kündigung das gleiche gelten, weil beide Arten der Kündigung nicht grundsätzlich verschieden seien.

Schon vor Arbeitsantritt erfülle die Kündigungsfrist ihren Zweck, dem Empfänger der Kündigung zeitig Gelegenheit zu geben, sich entsprechend einzurichten.

Auch von der Interessenlage her sieht man keinen Grund, die Parteien vor Arbeitsantritt durch Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit stärker zu binden als danach [2].

Daß der Lauf der Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt beginnen kann, wird in der Rechtsprechung also im wesentlichen aus zwei Gründen angenommen: Einmal wegen der Identität der Rechtsverhältnisse vor und nach Arbeitsantritt und wegen der Wirkungen des Arbeitsvertrags schon vor Arbeitsantritt und ferner wegen des Zwecks von Kündigung und Kündigungsfrist.

Den entgegengesetzten Standpunkt, daß die Kündigungsfrist frühestens vom Arbeitsantritt an verstreiche, vertraten vor allem das Reichsarbeitsgericht [3], vorher nur das Oberlandesgericht Frankfurt [4] und das Gewerbegericht Leipzig [5].

In dem der genannten Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 5.7.1933 zu Grunde liegenden Fall war jemand durch Vertrag vom 28.10.1932 als Gutsoberinspektor eingestellt und zum Dienstantritt am 1.1.1933 verpflichtet worden. Der Dienstberechtigte kündigte aber schon am 12.11.1932 zum 1.1.1933.

Diese zum Quartalsende mit sechswöchiger Frist erklärte, also dem § 622 BGB entsprechende Kündigung hielt das Reichsarbeitsgericht für unzulässig.

---

1) BAG AP § 124 b GewO Nr. 1.

2) LAG Düsseldorf (Kammer Köln) BB 1962/1331 gegen LAG Düsseldorf (Kammer Köln) BB 1958/117.

3) RAG ARS 18/257.

4) OLG Frankfurt, Recht 1902/269.

5) Gewerbegericht Leipzig, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1919 Sp. 223.

Es stützte sich bei dieser Entscheidung besonders auf den begrifflichen Unterschied zwischen Rücktrittsrecht und Kündigung und auf die Annahme einer jeweils verschiedenen Rechtslage vor und nach Arbeitsantritt.

Die Kündigung setze notwendig den Anfang des Dienstverhältnisses voraus, das als Dauerschuldverhältnis erst mit dem Austausch der geschuldeten Leistungen beginne. Vor Arbeitsantritt bestünden beiderseits nur die Verpflichtungen, das zunächst aufschiebend befristete Dienstverhältnis zu dem vorgesehenen Zeitpunkt beginnen zu lassen, sei also nur der Rücktritt nicht aber die Kündigung möglich.

Ebenso entschied 1937 das Landgericht Lübeck in einer Mietsache [1]. Nach dieser Entscheidung ist die Kündigung zu einem Zeitpunkt vor Mietbeginn unwirksam, weil die einseitige Absage von einem Mietvertrag vor Mietbeginn nur durch Anfechtung oder Rücktritt möglich sei. Das Gericht erkennt zwar an, daß der Mietvertrag selbst schon vor Einzug des Mieters Rechtspflichten erzeuge. Aber man müsse davon ausgehen, die Parteien hätten nicht die Kündigung des Vertrags schlechthin, sondern nur die Kündigung des begonnenen Mietverhältnisses gewollt.

Im Anschluß an das Reichsarbeitsgericht hielt das Landesarbeitsgericht Bremen in einer Entscheidung aus dem Jahre 1951 [2] die Kündigungserklärung vor Arbeitsantritt selbst für rechtswirksam, ließ aber die Kündigungsfrist frühestens mit dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkt beginnen. Vorher könne nur der Rücktritt Rechtsfolgen haben, weil Rechtswirkungen, die entsprechend dem Zweck der Kündigung aufrecht erhalten werden müßten, erst mit Herstellung der Schaffensgemeinschaft und daher erst entstünden, nachdem der Leistungsaustausch eingesetzt habe.

Das Landesarbeitsgericht Stuttgart [3] beurteilte die Kündigungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer verschieden. Grund dafür sei der jeweils verschiedene Zweck der Kündigungsfrist. Bei einer dem Arbeitgeber erklärten Kündigung sieht das Gericht den Zweck der Kündigungsfrist darin, den Arbeitgeber rechtzeitig von der Beendigung zu unterrichten und ihm genügend Zeit zur neuen Besetzung des Arbeitsplatzes zu geben. Beides sei schon vor Arbeitsantritt möglich.

Dagegen soll bei einer Kündigung des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer nach Ansicht des Gerichts für die Dauer der Kündigungsfrist der Lohn als Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer gesichert sein. Wegen dieser "Schutzfunktion" für den Arbeitnehmer hält das Gericht den Lauf der Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt für ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1964 auf den Standpunkt des Reichsarbeitsgerichts gestellt [4].

---

1) LAG Lübeck, Deutsches Wohnungsarchiv 1937 Sp. 538.

2) LAG Bremen AP 1952 Nr. 94; LAG Düsseldorf (Kammer Köln) BB 1958/117; ArbG Ulm, Arbeitsrecht in Stichworten XVII S. 59 Nr. 179.

3) LAG Stuttgart BB 1957/1038 f.

4) AP Nr. 1 zu § 620 BGB.

Mangels einer ausdrücklichen und eindeutigen Vereinbarung, daß die Kündigungsfrist schon vor der Aktualisierung des Arbeitsverhältnisses beginnen solle, könne sich keine Partei durch eine vor der Arbeitsaufnahme erklärte Kündigung einseitig vom Vertrage lösen.

Dieses Ergebnis folgt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts aus der beiderseitigen Interessenlage und dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Möglichkeit für die eine Partei, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, würde zum Verstoß gegen die Interessen der anderen Partei führen. Wenn beide Parteien sich auf die kommende Durchführung des Vertrages eingerichtet haben, der Arbeitnehmer also seine frühere Arbeitsstelle aufgegeben und der Arbeitgeber seine Bemühungen eingestellt hat, einen anderen Arbeitnehmer zu finden, dann müsse dieses Vertrauen auch geschützt werden. Daher könne hier wie bei Arbeitsverträgen mit sofortigem Arbeitsantritt die Kündigungsfrist nicht vor dem Arbeitsantritt beginnen.

Im Kern stellen die Entscheidungen, die den Ablauf der Kündigungsfrist vor Arbeitsantritt für unzulässig halten, auf eine Verschiedenheit zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis ab.

Folgerungen werden auch aus dem Zweck der Kündigungsfrist in dem Sinn gezogen, daß im Interesse des Kündigungsgegners, der sich auf die Leistung eingestellt hat, das Arbeitsverhältnis jedenfalls für eine Mindestdauer durchgeführt werden müsse.

Dagegen läßt die Rechtsprechung die außerordentliche fristlose Kündigung vor Arbeitsantritt einhellig zumindest mit der Wirkung zu [1], daß Arbeitsantritt und Beendigung zusammenfallen [2].

Für den Fall der außerordentlichen befristeten Kündigung, z.B. nach § 569 BGB, hat das Kammergericht den Beginn der Kündigungsfrist schon vor Mietbeginn für möglich erachtet [3].

b) Die Rechtslehre

Auch in der Rechtslehre werden zum Problem der Kündigung vor Arbeitsantritt verschiedene Ansichten vertreten, ohne daß sich freilich feststellen läßt, welche von ihnen die herrschende ist.

Nach Auffassung eines beachtlichen Teiles der Literatur [4] können bei der ordentlichen Kündigung der Beginn der Kündigungsfrist und sogar der Termin, zu dem gekündigt wird, schon vor dem Leistungsbeginn liegen. Fälle derartiger Kün-

1) OLG Stettin, Recht 1906/50 Nr. 26; LAG Mannheim BB 1956/1068; LAG Stuttgart BB 1962/488.

2) RAG ARS 19/159; 18/257, 259.

3) OLG 20/191.

4) Vgl. die Literaturangaben in den Noten 4 und 5 auf Seite 2.

digungen kenne das BGB in den §§ 542, 628, 643, 649 und 671 [1]. Schließlich sei auch der Arbeitsvertrag ein Konsensualvertrag, und das Arbeitsverhältnis entstehe schon mit dem Vertragsschluß und nicht erst mit dem Arbeitsantritt [2].

Obgleich das mit dem Vertrag bereits begründete Arbeitsverhältnis erst bei Arbeitsantritt voll wirksam werde, habe der Vertrag selbst schon gewisse Vorwirkungen besonders im Bereich der Fürsorgepflicht und der Treupflicht [3]. Auch wenn sie schon vor Arbeitsantritt zu laufen beginnt, mache die Kündigungsfrist also schon einen Teil der Vertragszeit aus [4].

Die Parteiinteressen würden auch vor Beginn des Erfüllungsstadiums keine stärkere Bindung fordern als danach [5].

Es sei auch nicht einzusehen, warum die Parteien gezwungen sein sollten, mit der Durchführung eines Arbeitsvertrages zu beginnen, wenn von vornherein feststeht, das Arbeitsverhältnis werde schon zum erstmöglichen Termin nach Arbeitsantritt beendet sein [6], zumal der wirtschaftliche Nutzen für den Arbeitgeber gering sei, weil der Arbeitnehmer sich in der Regel erst einarbeiten muß [7]. Eine echte Schaffensgemeinschaft würde schon gar nicht entstehen [8].

Kündigung und Kündigungsfrist erfüllten schon vor Arbeitsantritt ihren Zweck, weil auch dann schon die Parteien rechtzeitig von der Beendigung erführen [9].

Wenn die Gegenansicht die außerordentliche Kündigung vor Arbeitsantritt zulasse, dann müsse das gleiche auch für die ordentliche gelten, weil beide Arten der Kündigung nicht wesensmäßig verschieden seien [10].

---

1) Hueck, Kündigung S. 22, 30; Anmerkung ARS 18/259; Anmerkung AP 1952 Nr. 94 S. 452; Lehrbuch § 56 VII 2 S. 555; Rüstig, AR-Blattei Kündigung I C, Kündigung vor Arbeitsantritt.

2) Hug II S. 99; vgl. Kupfer, BayZ 1919/276.

3) Nipperdey, DArbR 1937/142, 146; Staudinger-Nipperdey, Vorbemerkungen zu §§ 611 ff BGB Note 56; Stelter S. 21; Rüstig, AR-Blattei, Kündigung I C, Kündigung vor Arbeitsantritt; vgl. Gericke, Betrieb 1958/1157, 1158; Siebert DArbR 1937/309.

4) Kupfer, BayZ 1919/276, 277.

5) Hueck, Lehrbuch § 56 VII 2 S. 556; Anmerkung in ARS 18/259; Lotmar S. 519; Staudinger-Nipperdey, Vorbemerkungen zu §§ 611 ff BGB Note 56; Rüstig, AR-Blattei, Kündigung I C, Kündigung vor Arbeitsantritt; Fauth, Betrieb 1961/707.

6) Hueck, Anmerkung in AP 1952 Nr. 94 S. 452; Hug II S. 99.

7) Hueck, Anmerkung in ARS 18/259; Hug II S. 99.

8) Richter, DArbR 1938/196, 197.

9) Fürst, Recht 1905/589; Hueck, Anmerkung in ARS 18/259; Hug II S. 99; Volkhausen S. 31.

10) Haberkorn RdA 1964/246, 247; Diekhoff BB 1963/978; Hueck, Anmerkung in ARS 18/259; Reichel LZ 1923 Sp. 523.

Ist die Kündigung für die Zeit vor Arbeitsantritt nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen, dann sei nach der Interessenlage zu prüfen, ob die Parteien die Kündigung für die Zeit vor Arbeitsantritt ausgeschlossen hätten, wenn sie bei Vertragsschluß an die Möglichkeit einer Kündigung vor Arbeitsantritt gedacht hätten [1]. Vor allem die Länge der Kündigungsfrist [2], besonders der vereinbarten Kündigungsfrist [3], sei ein wichtiger Anhaltspunkt für das Interesse der Parteien, wenigstens für die Dauer der Kündigungsfrist die Leistungen auszutauschen.

Wie in dem entsprechenden Teil der Rechtsprechung wird also auch im Schrifttum die Möglichkeit einer befristeten Kündigung vor Arbeitsantritt vor allem mit der Identität von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, zumindest mit Vorwirkungen des Arbeitsvertrages, und mit der Funktion der Kündigungsfrist begründet. Ergänzend kommen Erwägungen auf Grund der Interessenlage hinzu.

Von den Gegnern der Kündigung vor Arbeitsantritt meinen einige sogar, vor Arbeitsantritt fehle der Kündigung als Gestaltungsrecht überhaupt die Grundlage [4].

Überwiegend hält man die Kündigung vor Arbeitsantritt jedoch wegen des Gegensatzes von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis für unzulässig [5].

Dabei sehen manche Autoren den Arbeitsvertrag als zu dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Termin aufschiebend befristet an [6]. Ferner sei entscheidend, daß erst mit Beginn des Erfüllungsstadiums die für Dauerschuldverhältnisse typischen Rechtsfolgen, darunter auch die Kündigungsmöglichkeit, eintreten würden [7].

---

1) Enneccerus-Lehmann § 148 V S. 632; Fürst, Recht 1905/589; Hug II S. 99; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Band 2 VI A Nr. 108, Kündigung vor Arbeitsantritt; Titze, Ehrenbergs Handbuch, Band 2 § 120 Nr. 3 S. 675.

2) Hueck, Kündigung S. 30; Lehrbuch § 56 VII 2 S. 556; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Band 2 VI A Nr. 108, Kündigung vor Arbeitsantritt.

3) Goerrig JR 1926, Band I Sp. 837, 842; Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert, Vorbemerkung vor § 620 BGB Nr. 40.

4) Landmann-Rohmer, 11. Auflage v. Eyermann-Fröhler, § 122 GewO Anm. 2a; Franke, Arbeit und Sozialfürsorge 1955/439; Reuß DArbR 1936/236, 238.

5) Brückner S. 124 Note 3; Esser S. 369; Hartwig, Recht 1905/641; Mittelstein-Stern S. 466; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671 ff; Molitor, Kündigung S. 13; Salinger, Deutsche Juristen-Zeitung 1904/594, 596.

6) Nikisch, Iher.Jb. 80/1, 48 Note 6, 106; Nikisch, Grundformen S. 166; Nikisch in Nipperdey-Festschrift 1955 S. 65, 75, 76; Nikisch Lehrbuch S. 698.

7) Gschnitzer, Iher.Jb. 76/317, 395.

Jedenfalls könne die Kündigung sich nur auf das laufende Dauerschuldverhältnis beziehen [1].

Dabei lassen einige aber wieder einschränkend zu, daß die Kündigungsfrist vor Arbeitsantritt zu laufen beginnt, nur dürfe sie bis dahin nicht voll verstreichen [2].

Wenn bei den Realverträgen wie der Leihe, dem Darlehen und der Verwahrung bis zum Erfüllungsstadium nur Vorverträge bestünden und daher die Kündigung zunächst nicht möglich sei, müsse das gleiche auch bei allen übrigen Dauerschuldverhältnissen gelten, auch wenn diese zufällig nicht als Realverträge ausgestaltet seien [3]. Die Wirkung der Kündigung schon vor Beginn des Erfüllungsstadiums würde die Rückkehr zu dem mittelalterlichen Grundsatz bedeuten, daß die eigentliche Bindung erst mit Leistungsbeginn eintrete [4].

Auch ihre Funktion könne die Kündigung nur während der Vertragszeit erfüllen, denn erst dann gebe es Vertragswirkungen, die für die Vergangenheit aufrecht erhalten werden müßten [5]. Vor Beginn des Erfüllungsstadiums komme daher nur Rücktritt in Betracht.

Daß die Parteien bis zum erstmöglichen Kündigungstermin nach Arbeitsantritt dieselben unangreiflichen Rechte gegeneinander haben, wie bei einem befristeten Arbeitsverhältnis für die Vertragsdauer, entspreche auch der Interessenlage [6]. Die Parteien müßten sich darauf verlassen können, daß zu dem als Arbeitsantritt vereinbarten Zeitpunkt Arbeitskraft und Arbeitsplatz bereit stehen [7]. Bis dahin seien die Parteien ebenso gebunden wie z.B. beim Kauf [8].

Eine Kündigung vor Arbeitsantritt stelle eine einseitige der Vertragstreue widersprechende Erfüllungsverweigerung dar. Solch einseitige Vertragsaufhebung sei nur unter den Voraussetzungen des Rücktritts oder eines sonstigen Aufhebungsrechtes möglich [9].

---

1) Düringer-Hachenburg § 66 HGB Anm. 5; Jaeger § 22 KO Anm. 9; Kaskel-Dersch, 4. Aufl., § 39 I pr. S. 222; Kreß S. 95 Note 115; Planck-Knoke § 564 BGB Anm. 2 i; Schlegelberger-Schröder § 66 HGB Anm. 11; Würdinger in RGR-K z. HGB § 66 Anm. 8.

2) Schlegelberger-Schröder § 66 HGB Anm. 11; Thiele AcP 89/85, 162.

3) Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 678.

4) Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 675.

5) Beitzke, Nichtigkeit S. 11, 20; Kohler S. 269; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 675; Kündigung S. 13.

6) Grub BB 1957/1275, 1276.

7) Schnorr von Carolsfeld S. 360.

8) Wunner BB 1963/97.

9) Arnold, Seufferts Blätter 63/357; Brückner S. 124 Note 3; Grub BB 1957/1276; Landsberger, Gewerbe- u. Kaufmannsgericht 1913 Sp. 175; Niendorff S. 346; Staudinger-Kiefersauer § 564 BGB Anm. 20; Strauß S. 122; Thiele AcP 89/85, 162.

Auch in der Literatur werden also die Wirkungen der ordentlichen Kündigung vor Arbeitsantritt geleugnet vor allem wegen der angeblichen Verschiedenheit von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, der Funktion der Kündigung und der Interessenlage.

Dennoch läßt man auch hier die außerordentliche fristlose Kündigung vor Arbeitsantritt zu, weil sie ein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei [1].

Nur vereinzelt wird angenommen, vor Arbeitsantritt gebe es nur das Rücktrittsrecht, das erst nach Arbeitsantritt vom Recht zur außerordentlichen Kündigung verdrängt werde [2].

Meinungsverschiedenheit besteht noch darüber, ob die außerordentliche Kündigung sofort bei Zugang oder erst im Zeitpunkt des geplanten Arbeitsantritts wirke, so daß Arbeitsantritt und Beendigung zeitlich zusammenfallen würden [3].

Diese Frage wird bei der außerordentlichen befristeten Kündigung bedeutsam, also in den Fällen z.B. der §§ 569 und 570 BGB. Hier nimmt man überwiegend an, die Beendigung trete erst zum ersten zulässigen Termin nach Mietbeginn ein [4].

c) Folgerungen

Wie der zuletzt beschriebene Fall der zwar außerordentlichen, aber befristeten Kündigung zeigt, scheiden sich die Geister in der Diskussion um die Wirkung der Kündigung vor Arbeitsantritt gerade in der Frage, ob der Termin, zu dem gekündigt wird, und der Beginn der Kündigungsfrist schon vor dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkt liegen könnten. Die Argumente sind im wesentlichen die jeweils verschiedene Bewertung des Verhältnisses von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis und der Funktion von Kündigung und Kündigungsfrist.

Schließlich geht man von der Interessenlage aus und meint, sie rechtfertige die Beendigung vor Arbeitsantritt erst recht, weil in diesem Stadium die Bindung nicht stärker sein könne, als nach Arbeitsantritt. Sich auf die gleiche Interessenlage berufend erwidern die Gegner, dieses Ergebnis komme der einseitigen Erfüllungsverweigerung gleich.

---

1) vgl. Wunner BB 1963/97.

2) Beitzke, Nichtigkeit S. 23; Nehm S. 28, 37; Neumann, Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin, Band 2, 1910, S. 86, 93; Rauchfuß S. 7.

3) Maurer, AR-Blattei, Betriebszugehörigkeit E I; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 680; Molitor, AR-Blattei, Kündigung, Übersicht VII.

4) Salinger, Deutsche Juristen-Zeitung 1904/595; Hagen BayZ 1907/403; Mittelstein, Recht 1910/266, 267 f; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 680; dagegen Oertmann § 570 BGB Anm. 8; Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert § 569 Anm. 4.

II. DIE MÖGLICHKEITEN ZUR LÖSUNG DES UNTER I. DARGESTELLTEN PROBLEMS

1. DIE BEENDIGUNGSMÖGLICHKEITEN

a) Die Beendigungsvorbehalte

Zwischen den Partnern von Arbeitsverhältnissen bestehen in der Regel auch Arbeitsverträge. Selbst im Fall des § 10 Abs. 2 Satz 2 SchwBG, in dem die Zustellung eines Verwaltungsakts den Vertragsschluß ersetzt, wird ein Arbeitsvertrag fingiert. Ob und unter welchen Voraussetzungen schon vor Arbeitsantritt die bestehende Rechtsbeziehung beendet werden kann, läßt sich unter Umständen aus dem Arbeitsvertrag ermitteln, vor allem, wenn die Parteien sich Rücktritt oder Kündigung vorbehalten haben.

Die Möglichkeit des Rücktritts vor Arbeitsantritt ist außer Streit. Wo die Wirkung einer Kündigung vor Arbeitsantritt geleugnet wird, taucht sogar nicht selten der Hinweis auf die Möglichkeit des Rücktritts vor Arbeitsantritt auf [1]. Da noch keine Leistungen erbracht wurden, die zurückgewährt werden müßten, ist es vor Beginn des Leistungsaustausches sogar besonders einfach, das Schuldverhältnis durch Rücktritt wieder rückgängig zu machen.

Aber kommt es sonst schon selten vor, daß ein Rücktrittsrecht vereinbart wird, so ist eine solche Abrede beim Abschluß von Arbeitsverträgen überhaupt ungebräuchlich.

Geläufiger sind schon Kündigungsvorbehalte. Sind aber solche Kündigungsvorbehalte nicht ausdrücklich auch für die Zeit vor Arbeitsantritt vereinbart, dann wird man kaum annehmen können, die Parteien hätten entsprechendes stillschweigend gewollt.

Denn ihnen kommt es gerade auf den Leistungsaustausch und die Durchführung des Vertrags an, und es kann daher aus der Existenz von Abreden über die Kündigung nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Parteien hätten auch an den Fall einer Kündigung vor Arbeitsantritt gedacht [2].

Wohl aber ist der Schluß möglich, sie wollten die Möglichkeiten zur Beendigung ihres Schuldverhältnisses abschließend regeln.

Kommt man also zu dem Ergebnis, die Kündigungsvereinbarung beziehe sich nicht auf die Zeit vor Arbeitsantritt, dann besteht eine Vertragslücke, die durch ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB geschlossen werden muß.

Das Ergebnis dieser Auslegung, die Antwort also auf die Frage nach der Wirkung dieser vertraglichen Beendigungsmöglichkeiten vor Arbeitsantritt, hängt dann

1) vgl. RAG ARS 18/257; LAG Bremen AP 1952 Nr. 94; Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 676; Nikisch, Lehrbuch S. 698.

2) das hebt Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 672 hervor.

aber von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Interessenlage, ab.

Aber solch detaillierte Beendigungsklauseln kommen nur selten vor. Wird über die Beendigung im Vertrag überhaupt etwas gesagt, dann handelt es sich meist nur um die Termine, zu denen gekündigt werden kann, oder um die Länge der Kündigungsfrist.

In solchen Fällen setzten die Parteien die gesetzliche oder tarifvertragliche Kündigungsbefugnis voraus und wollten die sonstigen Voraussetzungen, unter denen die Kündigung möglich ist, nicht abschließend regeln.

Entsteht nun die Frage der Kündigung vor Arbeitsantritt, dann scheidet die ergänzende Vertragsauslegung aus, weil die vermeintliche Vertragslücke schon durch die gesetzliche oder tarifvertragliche Kündigungsregelung geschlossen ist [1]. Aber meist hilft auch die Auslegung des Tarifvertrages nicht, weil auch er kaum die Kündigungsmöglichkeiten umfassend wird geregelt haben, so daß es ausschließlich auf die gesetzlichen Bestimmungen ankommt.

b) Die gesetzlichen Beendigungsrechte

Da das Problem der Kündigung vor Arbeitsantritt in der Regel auftritt, wenn Beendigungsvorbehalte für die Zeit vor Arbeitsantritt fehlen und auch die ergänzende Auslegung von Arbeitsvertrag und Tarifvertrag unergiebig bleibt, ergibt sich somit die Frage, ob dem Gesetz unmittelbar oder im Wege der Auslegung eine Lösung entnommen werden kann.

Das vorliegende Problem wird nicht akut, wenn wegen einer auflösenden Bedingung oder wegen eines Endtermins eine gestaltende Willenserklärung zur Beendigung nicht erforderlich ist oder wenn statt der Kündigung schon andere Gestaltungsrechte vor Arbeitsantritt möglich sind, wie z.B. der Rücktritt und der Widerruf.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht aber, wie die fristlose Kündigung nur ein außerordentlicher Rechtsbehelf bei Leistungsstörungen, also keine Parallele zur ordentlichen Kündigung [2], wird wegen der wenig befriedigenden Möglichkeiten zur Rückgewähr des Geleisteten allgemein für das Arbeitsverhältnis als von der außerordentlichen Kündigung verdrängt angesehen [3].

Mangels Leistung trifft der Grund für diesen Ausschluß vor Arbeitsantritt zwar nicht zu. Dennoch werden vor Arbeitsantritt die Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts nur selten gegeben sein:

Daß einem Vertragspartner die Leistung vor Arbeitsantritt unmöglich wird

1) BGH 9/273, 278; BGH WM 1961/243, 245; BGH LM § 133 BGB (A) Nr. 5.

2) LAG Stuttgart BB 1957/1038.

3) v.Gierke Iher.Jb. 64/355, 390; Privatrecht III S. 93; Hueck, Lehrbuch § 35 I 4 S. 225 f; Anmerkung in ARS 25/120 und ARS 37/241; RAG ARS 25/119, 120; 26/7; 33/107; 37/230, 237; vgl. auch § 570 a BGB.

und er das zu vertreten hat oder jemand die Erfüllung von vornherein ernstlich und endgültig verweigert, sind schon Ausnahmefälle. Mangels Fälligkeit scheidet Verzug vor Arbeitsantritt jedenfalls aus.

Bei solchen Leistungsstörungen werden auch meist die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung gegeben sein. Das zeigt sich besonders bei der positiven Vertragsverletzung. Denn ist bei ihr dem Verletzten das weitere Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten, dann kann auch aus wichtigem Grund gekündigt werden, ohne daß es auf Verschulden ankommt [1].

Auch in der Praxis ist die Frage einer Kündigung vor Arbeitsantritt nie problematisch geworden, wenn die Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts erfüllt waren.

Der Widerruf schließlich bezieht sich nur auf einzelne Willenserklärungen [2], auf Schuldverhältnisse, die auf einem einseitigen Versprechen beruhen [3], oder auf Vertretungsmacht, Ermächtigung oder Geschäftsführungsbefugnis [4].

Daß nach § 671 Abs. 1 BGB der Auftraggeber den Auftrag gerade durch Widerruf und nicht wie der Beauftragte durch Kündigung beenden kann, erklärt sich damit, daß ein Auftrag eine Geschäftsführungsbefugnis für den Beauftragten enthält. Erlischt diese Befugnis, dann entfällt der Zweck des Auftrages und der Auftrag endet. Da diese Befugnis nur der Auftraggeber widerrufen kann, endet der Auftrag, wenn der Auftraggeber widerruft [5]. Ähnlich ist es mit der Anweisung, die eine Doppelermächtigung enthält [6].

Der Widerruf soll hier bloß eine Rechtslage beenden, aus der der andere Teil kein weiteres Recht herleiten kann, als daß der zum Widerruf Berechtigte bis zum Widerruf gebunden ist [7].

Daraus ergibt sich, daß im Gesetz der Begriff des Widerrufs nur singulär gebraucht ist, er sich teilweise nur rechtshistorisch erklärt [8] und schließlich neben Rücktritt und Kündigung keine besonderen Voraussetzungen oder Rechtsfolgen hat.

Das vorliegende Problem scheidet ferner ohnehin aus bei Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Irrtumsanfechtung.

Sucht man also auf die Frage nach den Wirkungen der Kündigung vor Arbeitsantritt eine positive Antwort, dann kann man nicht auf andere Beendigungsmöglichkeiten ausweichen und eine Kündigung vor Arbeitsantritt entsprechend umdeuten,

---

1) BAG 2/214.
2) z.B. § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB.
3) vgl. §§ 530 ff, 610, 658, 790 BGB.
4) §§ 168 Satz 2, 183, 712 Abs. 2 BGB.
5) Hodler S. 25, 108.
6) Palandt-Gramm, Einführung vor § 783 BGB Anm. 1 a.
7) Hodler S. 25, 35; Thiele AcP 89/85, 88.
8) Motive E I § 597.

sondern muß sich mit der Möglichkeit der gesetzlichen Kündigung vor Arbeitsantritt auseinandersetzen.

2. DER GENERELLE AUSSCHLUSS SOLCHER BEENDIGUNGSMÖGLICHKEITEN

Eine Antwort auf die Frage nach den Möglichkeiten, Arbeitsverhältnisse vor Arbeitsantritt zu beenden, könnte man auch so gewinnen, daß man auf Grund des Vertrags oder des Gesetzes zum Ausschluß jeglicher Beendigungsmöglichkeit vor Arbeitsantritt, insbesondere der ordentlichen Kündigung, kommt.

Diejenigen, die die ordentliche Kündigung vor Arbeitsantritt grundsätzlich zulassen, beschäftigen sich denn auch mit der Frage, wann diese Kündigung durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen sei [1].

Fehlen im Vertrag ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen hierüber, dann ergibt sich die Frage einer ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 BGB.

Läßt sich dem Vertrag der Wille der Parteien entnehmen, die geschuldeten Leistungen jedenfalls eine gewisse Zeit lang, wenigstens für die Dauer einer Kündigungsfrist, auszutauschen, so wird man annehmen können, die Parteien hätten, wenn sie bei Vertragsschluß daran gedacht hätten, eine Kündigung mit Wirkung vor Arbeitsantritt ausgeschlossen [2].

Als Anhalt für die Annahme eines solchen Willens kommt vor allem die besondere Länge der Kündigungsfrist in Betracht, zwar nicht die der gesetzlichen Kündigung, weil ihre Regelung nicht vom Parteiwillen geprägt ist, wohl aber die Frist einer vertraglichen Kündigung [3].

Fehlen aber solche Anhaltspunkte und ergibt sich, daß die Parteien ihre Rechtsbeziehungen durch den Vertrag nicht abschließend haben regeln wollen, so wird diese Vertragslücke auch hier durch die gesetzliche Regelung gefüllt [4]. Wo aber das Problem der Kündigung vor Arbeitsantritt akut wird, läßt sich dem Vertrag in der Regel nicht entnehmen, ob die Kündigung vor Arbeitsantritt ausgeschlossen ist.

Auch für die Frage, ob jegliche Beendigung durch einseitigen Gestaltungsakt vor Arbeitsantritt ausgeschlossen ist, kommt es also auf die Wirkungen der gesetzlichen Kündigung vor Arbeitsantritt an.

---

1) Goerrig JR 1926, Band I Sp. 837; Hueck, Kündigung S. 30; Anmerkungen in ARS 18/259 und AP 1952 Nr. 94 S. 452; Lehrbuch § 56 VII 2 S. 556.

2) vgl. BGH LM § 242 BGB (B c) Nr. 8.

3) nicht deutlich bei Hueck, Kündigung S. 30; Lehrbuch § 56 VII 2 S. 556; aber Goerrig JR 1926 Band I Sp. 842.

4) BGH WM 1961/243, 245.

3. DIE VERBLEIBENDE BEENDIGUNGSMÖGLICHKEIT

Das Gesetz gibt keinen unmittelbaren Aufschluß über die Frage, ob die Kündigung vor Arbeitsantritt möglich ist oder nicht.

In dem 1926 veröffentlichten Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes [1] sah § 147 vor:

> "Kündigungsfristen laufen nicht vor dem Zeitpunkt, an dem mit der Ausführung des Arbeitsvertrages begonnen werden soll."

Diese Bestimmung ist jedoch nie geltendes Recht geworden.

Manche glauben, in Bestimmungen des BGB Fälle der Kündigung vor Beginn des Erfüllungsstadiums zu finden. Solche Bestimmungen seien vor allem die §§ 542, 643, 649 und 671 BGB; da § 628 BGB ausdrücklich von einer Kündigung nach Beginn der Dienstleistung spreche, müsse es auch eine Kündigung vor ihrem Beginn geben [2].

Zwar läßt § 542 Abs. 1 Satz 1 BGB die Kündigung vor Gewährung des Gebrauchs zu. Man mag auch durch Umkehrschluß aus § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB die Möglichkeit einer Kündigung vor Dienstbeginn entnehmen. Aber beide Bestimmungen und § 671 BGB betreffen Fälle der unbefristeten Kündigung, für die das Problem der Kündigung vor Vertragserfüllung nicht die Rolle spielt, wie bei der befristeten Kündigung [3]. Bei § 671 BGB kommt noch hinzu, daß die Interessenlage beim Auftrag wegen seiner Unentgeltlichkeit ohnehin eine andere ist als beim Arbeitsvertrag [4].

Die §§ 643 und 649 BGB schließlich sind singuläre Regelungen, die mit anderen Fällen gesetzlicher Kündigungen nicht gleichgestellt werden können [5].

In der Diskussion wird aber auch auf die Bestimmungen der §§ 19 Satz 1, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 Satz 1 KO und des § 51 Abs. 2 VglO hingewiesen [6], in denen das Kündigungsrecht ausdrücklich davon abhängig gemacht wird, daß die gemietete Sache vor Eröffnung des Verfahrens überlassen, das Dienstverhältnis zu dieser Zeit angetreten war.

Daraus aber zu folgern, es müsse auch eine Kündigung vor Gebrauchsüberlas-

---

1) Abgedruckt in Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes, herausgegeben von Erich Molitor, 1925.

2) Hueck, Lehrbuch § 56 VII 2 S. 556; Fauth, Betrieb 1961/707; Rüstig AR-Blattei, Kündigung I C, Kündigung vor Arbeitsantritt.

3) Diekhoff BB 1963/978; Wunner BB 1963/97.

4) Wunner BB 1963/97, 98.

5) Kohler S. 204 f, 371, 379; Larenz II § 49 III b, S. 221; Planck-Oegg § 649 BGB Anm. 1 a.

6) Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 680 f; RdA 1955/41, 42; Jaeger § 22 KO Anm. 9.

sung und vor Dienstantritt geben, weil diese Bestimmungen sonst Überflüssiges sagen würden, ist nicht gerechtfertigt. Denn wie der Zusammenhang dieser Bestimmungen mit § 17 KO und § 50 VglO ergibt, geht es in ihnen gar nicht um die Frage, ob schon vor Überlassung der Mietsache oder vor Dienstantritt gekündigt werden kann oder nicht, sondern allein um das Verhältnis von Zurückweisungsrecht und Kündigung [1].

Wieder andere Bedeutung hat die Überlassung der Mietsache für das Kündigungsrecht nach § 57 a ZVG. Auch dieses außerordentliche Recht, einmalig die ordentliche Kündigung zu erklären, besagt nicht, daß vor Mietüberlassung kein Kündigungsrecht besteht, sondern ist nur die Folgerung daraus und das Gegengewicht dazu, daß die Veräußerung des vermieteten Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung nach der Überlassung keinen Einfluß auf den Mietvertrag hat.

Ergibt sich aber aus dem positiven Recht unmittelbar keine eindeutige Antwort auf die hier behandelte Frage, so muß versucht werden, die Antwort dadurch zu gewinnen, daß man die Funktion der Kündigung an Hand der gesetzlichen Regelung untersucht und prüft, ob die Kündigung diese Funktion den Belangen der Parteien entsprechend schon vor Arbeitsantritt erfüllen kann.

1) Jaeger § 22 KO Anm. 2.

III. DIE KÜNDIGUNG

Ordentlicher, außerordentlicher, befristeter und unbefristeter Kündigung ist der Begriff der Kündigung gemeinsam. Die Unterschiede z.B. zwischen der befristeten und der unbefristeten Kündigung beziehen sich nur auf den Grad ihrer Wirkung oder betreffen, z.B. in dem Verhältnis der außerordentlichen zur ordentlichen Kündigung, nur die besonderen Gründe für solch unterschiedlichen Wirkungsgrad im Einzelfall [1].

Auch die Fälligkeitskündigung ist, zumindest im Schuldrecht, keine besondere Art der Kündigung.

Manche bezeichnen zwar die Darlehenskündigung als Fälligkeitskündigung [2]. Aber die Fälligkeit des Abwicklungsanspruchs als Folge der Kündigung ist keine Besonderheit des Darlehens, sondern kommt ebenso z.B. bei der Miete vor [3]. Nur stehen beim Darlehen nach der rechtshistorisch bedingten gesetzlichen Regelung dieser Abwicklungsanspruch und seine Fälligkeit besonders im Vordergrund.

Die Leistung ist beim Darlehen nicht die Rückzahlung der Darlehenssumme an den Darlehensgeber, sondern wie bei der Miete die Überlassung der Darlehenssumme zu zeitlich begrenzter Nutzung [4].

Auch beim Darlehen bewirkt die Kündigung aber die Beendigung dieses Nutzungsverhältnisses. Wäre sie eine bloße Fälligkeitskündigung, dann würde kein Grund dafür bestehen, daß der Darlehensnehmer nur beim verzinslichen Darlehen vor der Rückzahlung kündigen müßte, § 609 Abs. 3 BGB. Hier zeigt sich, daß auch die Darlehenskündigung, wie die Kündigung sonst im Schuldrecht, eine Beendigungskündigung ist.

Soll die Funktion der Kündigung erörtert werden, so kann man von der Kündigung allgemein ausgehen. Denn auch der manchmal verwendete Ausdruck "Entlassung" bedeutet keinen der Kündigung gegenüber besonderen Tatbestand, sondern bezeichnet die Kündigung des Arbeitgebers nur nach ihrer besonders augenfälligen Folge, dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb.

---

1) Hug II S. 78, 79.

2) v. Tuhr I § 5 III 2 S. 130 Note 33; Gräßli S. 19.

3) Gschnitzer Iher.Jb. 76/317, 334 ff; Herschsohn S. 60; Larenz II § 47 III S. 181; Molitor, Kündigung S. 36; Siber Iher.Jb. 70/223, 246; Siber Schuldrecht S. 210.

4) RG GS 161/52, 55 f; vgl. auch zur außerordentlichen Darlehenskündigung OLG Nürnberg JZ 1959 S. 313.

1. ALLGEMEINE KENNZEICHNUNG DER KÜNDIGUNG

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige und gestaltende Willenserklärung [1]. Sie setzt ein entsprechendes Gestaltungsrecht voraus.

Kein für die Kündigung wesentliches Erfordernis ist die Kündigungsfrist [2]. Wie § 671 Abs. 2 BGB und der Fall, daß die Kündigungsfrist abbedungen ist, zeigen, gibt es auch ordentliche Kündigungen ohne Frist. Andererseits sind z.B. die §§ 569, 570 BGB und 57 a ZVG Fälle befristeter außerordentlicher Kündigungen, wie überhaupt die außerordentliche Kündigung auch mit Frist erklärt werden kann [3].

Die Benachrichtigungsfunktion entsprechend dem Namen der Kündigung im Sinne der Ankündigung einer Rechtsänderung [4] teilt die Kündigungserklärung mit jeder empfangsbedürftigen Willenserklärung. Eine solche Funktion ist also ebensowenig eine Besonderheit der Kündigung, wie die Schutzfunktion, die nach manchen darin liegen soll, daß dem Empfänger der Kündigung während der Kündigungsfrist weiterhin der Anspruch auf die geschuldete Leistung bleibt [5].

Abgesehen davon, daß bei gegenseitigen Schuldverhältnissen auch der Kündigende selbst Anspruch auf Weiterleistung während der Kündigungsfrist hat, fehlt solche Schutzfunktion jeder unbefristeten Kündigung, sei sie eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung.

Anwendungsbereich der schuldrechtlichen Kündigung sind die Dauerschuldverhältnisse. Die Erörterung von Zweck und Funktion der Kündigung setzt also voraus, daß Wesen und Aufbau der Dauerschuldverhältnisse bekannt sind.

Zunächst muß daher auf den Begriff des Dauerschuldverhältnisses näher eingegangen werden.

2. DAS DAUERSCHULDVERHÄLTNIS

Von Dauerschuldverhältnissen spricht man vor allem dann, wenn die geschuldete Leistung in einem dauernden oder zwar vorübergehenden aber perio-

1) v. Gierke Iher. Jb. 64/355, 380, 385; Gschnitzer Iher. Jb. 76/317, 331; Hug II S. 7, 41, 51; Molitor, Kündigung S. 1; Staudinger-Nipperdey, Vorbemerkungen zu §§ 620-628 BGB Nr. 47.

2) Berger S. 12; Gräßli S. 21; Hug II S. 79; nach Gschnitzer Iher. Jb. 76/317, 342 ist Kündigung nur die befristete Kündigung.

3) RAG ARS 44/121, 127; BAG AP § 123 GewO Nr. 1; Hueck, Lehrbuch S. 593 Note 63, S. 567.

4) Hueck, Kündigung S. 30; Hug II S. 86.

5) Grub BB 1957/1275; LAG Stuttgart BB 1957/1038.

disch wiederkehrenden Verhalten besteht [1]. Den Dauerschuldverhältnissen sollen der Sukzessivlieferungsvertrag und das Wiederkehrschuldverhältnis nahe stehen [2].

Im Gegensatz dazu rechnet man andere Schuldverhältnisse, z.B. den Kauf oder den Werkvertrag, zur Gruppe der vorübergehenden Schuldverhältnisse [3]. Denn bei ihnen erlöschen die Forderungen auf die Hauptleistung mit der Erfüllung. Sie dauern also nur solange, bis die Leistungen erbracht sind. Umgekehrt soll für die Dauerschuldverhältnisse kennzeichnend sein, daß bei ihnen die Leistungen solange fortzusetzen seien, wie das Schuldverhältnis bestehe [4].

a) Die Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses

Mit dieser Formel ist ein Unterschied zwischen zwei Arten von Schuldverhältnissen angedeutet, der für das behandelte Thema von Bedeutung sein kann und deshalb einer näheren Betrachtung wert ist.

Wenn den als vorübergehend bezeichneten Schuldverhältnissen, z.B. dem Kauf, die Kündigungsmöglichkeit fehlt, dann muß es im Gegensatz dazu bei den kündbaren Dauerschuldverhältnissen einen Bestandteil geben, der Objekt der Kündigung ist.

Diese Eigenart der Dauerschuldverhältnisse könnte in der besonderen Rolle des Zeitverlaufes, der zeitlichen Dauer, bestehen und z.B. die Dauer des Verpflichtungszustandes selbst sein.

Denkbar ist aber auch, daß der Zeitverlauf die nach dem Dauerschuldverhältnis geschuldete Leistung beeinflußt, insbesondere die Leistungsbewirkung oder den Leistungsinhalt kennzeichnet, oder das Leistungsquantum bestimmt.

aa) Der Verpflichtungszustand

Alle Schuldverhältnisse, vorübergehende Schuldverhältnisse und Dauerschuldverhältnisse, beruhen auf der schuldrechtlichen Bindung der Partner, die sich aus Gesetz oder Vertrag ergibt und nicht nur ausschließt, daß jeder sich willkürlich vom Schuldverhältnis lossagt, sondern gerade bedeutet, daß die Parteien zu Leistungen verpflichtet sind.

Geht man von diesem Verpflichtungszustand aus, so haben alle Schuldverhältnisse eine gewisse Dauer, weil die obligatorische Bindung sich immer auf einen mehr oder weniger beschränkten Zeitraum erstreckt.

Nur kommt es bei den vorübergehenden Schuldverhältnissen in der Regel auf

---

1) Blomeyer § 9 I S. 42; Larenz I § 2 VI S. 22; Staudinger-Weber, Einleitung zu §§ 241 und 242 BGB Bem. 408, 409; BGH LM (Bc) BGB Nr. 8.

2) Blomeyer § 9 I S. 42; Larenz I § 2 VI S. 22.

3) v. Gierke, Iher.Jb. 64/355, 357.

4) Ehrenzweig, System § 350.

diese Dauer nicht an, wohl aber in Ausnahmefällen, z.B. wenn wegen Schuldnerverzuges Verzugszinsen entstehen. Ihre Höhe richtet sich dann nach der Dauer des Verzuges, der seinerseits nur während der obligatorischen Bindung möglich ist.

Die Besonderheit der Dauerschuldverhältnisse gegenüber den vorübergehenden Schuldverhältnissen kann daher nicht schon in der Dauer dieser obligatorischen Bindung selbst bestehen.

bb) Die geschuldete Leistung

Die zeitliche Dauer könnte aber beim Dauerschuldverhältnis besondere Bedeutung wegen der geschuldeten Leistung haben, insbesondere wegen der Leistungsbewirkung, des Leistungsinhalts oder der Bestimmung des Leistungsquantums [1].

aaa) Die Art der Leistungsbewirkung

Manche sehen die Besonderheit der Dauerschuldverhältnisse in der Art, wie die Leistung nach dem Vertrag oder dem Gesetz bewirkt werden soll. Bei Dauerschuldverhältnissen werde die geschuldete Leistung nicht zu einem Zeitpunkt, sondern während eines Zeitraumes erbracht [2].

Aber es gibt auch vorübergehende Schuldverhältnisse, z.B. Kaufverträge, nach denen die versprochene Leistung aus technischen oder finanziellen Gründen nicht simultan, sondern in Raten bewirkt werden soll, ohne daß durch diese besondere Art der geplanten Leistungsbewirkung der Kauf seine Natur als vorübergehendes Schuldverhältnis verliert, und ohne daß er dadurch zu einem kündbaren Schuldverhältnis wird.

Die Art der Leistungsbewirkung kann daher nicht Kennzeichen der Dauerschuldverhältnisse sein, weil es keine für Dauerschuldverhältnisse eigene Art der Leistungsbewirkung gibt.

bbb) Der Leistungsinhalt

Nach Ansicht anderer prägt der Leistungsinhalt seiner Art nach das Dauerschuldverhältnis und schafft den Unterschied zum vorübergehenden Schuldverhältnis.

Inhalt von Dauerschuldverhältnissen seien vor allem Unterlassungspflichten, dauerndes positives Tun mit ständiger Pflichtenanspannung [3], insbesonde-

1) Nikisch, Grundformen S. 147.

2) v. Gierke Iher.Jb. 64/355, 357; Privatrecht III S. 86 ff; Nehm S. 6; dagegen Nikisch, Grundformen S. 148.

3) Blomeyer § 9 I S. 42; Esser § 20, 1 S. 62; v.Gierke, Privatrecht III S. 88, Iher.Jb. 64/355, 359 f; Gschnitzer Iher.Jb. 76/317, 324; Leonhard S. 83 f;

re die Herstellung und Erhaltung eines Zustandes [1], und schließlich periodisch wiederkehrende Leistungen [2].

Entscheidendes Gewicht wird dabei auf den Erfüllungszustand gelegt, aus dem sich überhaupt erst die für Dauerschuldverhältnisse eigenartigen Rechtsfolgen ergeben sollen. Nach Beginn des Erfüllungszustandes könnten Anfechtung und Nichtigkeit nicht mit Rückwirkung geltend gemacht werden. Beim Arbeitsverhältnis würden die Treuepflicht und die Fürsorgepflicht entstehen [3].

Durch die Erhaltung dieses Erfüllungszustandes vollziehe sich die Bedürfnisbefriedigung [4]. Dauerschuldverhältnisse seien dementsprechend auf konstante Wirkungskraft angelegt [5] und würden Erhaltungsinteressen dienen, nicht wie die vorübergehenden Schuldverhältnisse, Veränderungsinteressen [6].

Schon diese Verschiedenheit des möglichen Leistungsinhalts zeigt, daß es auch keinen für Dauerschuldverhältnisse typischen Leistungsinhalt gibt.

Es gibt zwar Leistungen, die als Hauptleistung nur auf Grund von Dauerschuldverhältnissen geschuldet werden. So scheiden z.B. bloßes Tun oder Unterlassen als Hauptleistung bei vorübergehenden Schuldverhältnissen aus. Bei ihnen werden solche Leistungen höchstens auf Grund von Nebenpflichten geschuldet. Hauptleistungen z.B. bei Kauf oder Werkvertrag sind nur, dem Gläubiger den verkauften Gegenstand zu verschaffen oder ihm das Werk herzustellen. Nun kann der Schuldner auch diese Leistungen ohne bestimmte Handlungen nicht erbringen. Für den Gläubiger ist jedoch nicht entscheidend, wie der Schuldner diese Erfolge herbeiführt, sondern ihm kommt es nur darauf an, daß er Eigentümer der verkauften Sache wird oder in den Genuß des Werkes kommt.

Aber umgekehrt können den Inhalt von Dauerschuldverhältnissen auch Leistungen bilden, die als Gegenstand vorübergehender Schuldverhältnisse denkbar sind.

Gedacht sei dabei an Verträge über den laufenden Bezug von Verbrauchsgütern.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 21:
Planck-Siber § 271 BGB Anm. 1 a; Siber, Schuldrecht S. 13 f, Iher.Jb. 50/182.

1) Nehm S. 8; Nikisch, Grundformen S. 148, 150, 165, Allgemeines Schuldrecht S. 37, Lehrbuch S. 164, 165, Iher.Jb. 80/1, 3, 7, 39, 50, Festschrift für Nipperdey 1955 S. 65, 75, Festschrift für Molitor 1962 S. 83, 98; Reimer-Schmidt bei Soergel-Siebert § 241 BGB Anm. 10.

2) Wie Anm. 3 auf Seite 21, ferner: Staudinger-Weber, Einleitung zu §§ 241 u. 242 BGB Noten 408 ff.

3) Brandt, Deutsche Rechtswissenschaft 1941, Band 6, S. 67, 71; Gschnitzer Iher. Jb. 76/317, 395 f; Nehm S. 13 f.

4) Nehm S. 8.

5) Hug II S. 3, 4.

6) Löning S. 18, 20, 26.

Wird z.B. der laufende Bezug von Koks für unbestimmte Zeit vereinbart und soll jeweils auf Abruf die gebrauchte Menge geliefert werden, dann handelt es sich um ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis. Geschuldet ist hier, die jeweils abgerufene Menge zu übergeben und zu übereignen und diesen Erfolg auf erneuten Abruf zu wiederholen.

Diese Leistungen könnten aber ebensogut auf Grund eines Kaufvertrages über eine bestimmte Menge, die ratenweise zu liefern ist, geschuldet sein. Auch hier schuldet der Lieferer, die jeder Rate entsprechende Menge zu übergeben und zu übereignen.

In beiden Fällen ist also, vom Gegenstand der Leistung aus betrachtet, genau das gleiche geschuldet, nämlich die Übergabe und Übereignung einer bestimmten Menge Koks.

Zwar werden Verträge über die dauernde Lieferung von Verbrauchsgütern abgeschlossen, um den laufenden Bedarf kontinuierlich zu decken. Aber dieses Interesse ändert nicht den Leistungsinhalt und kann durch ein Dauerschuldverhältnis oder einen Kaufvertrag über die endgültige Menge in gleicher Weise befriedigt werden.

Auch läßt sich nicht sagen, beim Bezugsvertrag stehe die laufende Belieferung, also ein Handeln des Verkäufers, im Vordergrund des Interesses. Denn dem Bezieher kommt es nur darauf an, Besitzer und Eigentümer der Ware zu werden.

Wenn aber die gleichen Leistungen auf Grund kündbarer und unkündbarer Schuldverhältnisse geschuldet sein können, dann trifft die Beschreibung des Leistungsinhalts das für die Funktion der Kündigung entscheidende Wesen des Dauerschuldverhältnisses nicht.

Der Unterschied zum vorübergehenden Schuldverhältnis liegt nicht in der Art der Leistung.

Allerdings beschränkt Nikisch den Begriff des Dauerschuldverhältnisses auf Leistungen, die in der Herbeiführung und Aufrechterhaltung eines Zustandes bestehen und rechnet die periodisch wiederkehrenden Leistungen zu den zeitbestimmten Schuldverhältnissen, die wiederum in Gegensatz zu den erfolgsbestimmten vorübergehenden Schuldverhältnissen stehen sollen [1].

Aber mit dieser Unterscheidung zwischen Dauerschuldverhältnissen und zeitbestimmten Schuldverhältnissen kennzeichnet Nikisch nur einen Unterschied in der Art der Erfüllung, deutet damit aber keinen Unterschied in der Kündbarkeit an.

Nehm nimmt bei Dauerschuldverhältnissen auf periodisch wiederkehrende Leistungen an, daß neben mehreren Einzelleistungspflichten eine Pflicht zu

1) Nikisch, Grundformen S. 150.

einer Dauerleistung bestehe, die verhindere, daß das Schuldverhältnis trotz Erfüllung der Forderungen auf die einzelnen Leistungen erlischt [1].

Aber ohne schon hier auf den Aufbau der Dauerschuldverhältnisse eingehen zu müssen, läßt sich dagegen einwenden, daß diese dauernde Nebenpflicht im Ergebnis eine Pflicht zu kontinuierlicher Leistungsbereitschaft ist, die aber jedem Schuldner obliegt und nichts anderes ist, als der bei jedem Schuldverhältnis bestehende Verpflichtungszustand.

Der Unterschied zwischen Dauerschuldverhältnissen und vorübergehenden Schuldverhältnissen besteht auch nicht in einem Unterschied der Interessen, denen die Leistungen dienen sollen.

Daß mit Dauerschuldverhältnissen Erhaltungsinteressen und nicht Veränderungsinteressen verfolgt werden sollen [2], mag zwar auf den ersten Blick bei der Miete wegen der beständigen Besitzlage zutreffen. Tatsächlich wendet aber der Vermieter dem Mieter den Gebrauchswert der Mietsache zu, verändert also sehr wohl dessen Vermögenslage.

Als besonderes Kennzeichen für den Leistungsinhalt von Dauerschuldverhältnissen scheidet auch eine der arbeitsrechtlichen Treuepflicht und Fürsorgepflicht entsprechende Verstärkung der Wirkungen des § 242 BGB aus [3].

Zwar mag sich solche Wirkung besonders bei längerer persönlicher Zusammenarbeit der Parteien ergeben; es gibt aber auch Dauerschuldverhältnisse, denen diese Ausprägung des § 242 BGB fehlt, z.B. das Darlehen, weil bei ihm auch in der Regel keine engere persönliche Zusammenarbeit der Parteien erforderlich ist, und es gibt andererseits vorübergehende Schuldverhältnisse, die diese Verstärkung der Wirkungen des § 242 BGB kennen. So hat z.B. die Rechtsprechung die Anwendung des § 618 BGB auch für Werkverträge für möglich angesehen, wenn der Unternehmer sich in den Gefahrenbereich des Bestellers begeben mußte [4].

Daß bei Dauerschuldverhältnissen nach Leistungsbeginn die Rückwirkung von Nichtigkeit und Anfechtung in der Regel ausgeschlossen ist, rechtfertigt sich aus der Natur der erbrachten Leistungen, die nicht mehr zurückgewährt, sondern, wie § 346 Satz 2 BGB zeigt, nur noch vergütet werden können [5]. Das gilt aber für die Leistungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht schlechthin. Die Rückforderung von Zahlungen auf Grund eines unwirksamen Rentenversprechens z.B. wird durch die Natur dieser Leistungen nicht ausgeschlossen.

---

1) Nehm S. 17.
2) Löning S. 20, 26.
3) Beitzke, Nichtigkeit S. 10.
4) RG 159/268; BGH 5/62.
5) Blomeyer § 9 II 4 S. 44; Hueck, Lehrbuch § 32 I 2 S. 184, § 32 III 1 a S. 186 mit Note 8.

Im übrigen sind sowohl die stärkere Ausprägung von Treu und Glauben als auch der Ausschluß der Rückwirkung bei Anfechtung und Nichtigkeit nur Folgen der Eigenschaft eines Schuldverhältnisses als Dauerschuldverhältnis, nicht aber Voraussetzung dafür.

Läßt sich also auch nicht aus der Art der Leistungen, die als Inhalt von Dauerschuldverhältnissen denkbar sind, auf das Wesen der Dauerschuldverhältnisse schließen, so bleibt nur die Möglichkeit, die Besonderheit solcher Schuldverhältnisse darin zu suchen, wie der Umfang der geschuldeten Leistungen bestimmt wird.

ccc) Die Bestimmung des Leistungsquantums

Vereinzelt wird angenommen, bei Dauerschuldverhältnissen werde das insgesamt geschuldete Leistungsquantum von einer zeitlichen Dauer bestimmt [1].

Ist z.B. eine bestimmte oder nach §§ 315 ff BGB noch zu bestimmende Menge vertretbarer Sachen verkauft, dann bleibt die festgelegte Menge immer gleich groß, unabhängig davon, wie lange die obligatorische Bindung dauert. Die Leistung ist hier quantitativ von vornherein vertraglich oder durch Gestaltungserklärung nach §§ 315 ff BGB bestimmt, und es besteht daher auch kein Bedürfnis für eine andere Art der Begrenzung.

Anders ist es aber vor allem bei Leistungen, die nicht nach Maß, Zahl oder Gewicht, sondern nur zeitlich bemessen werden können, so daß sogar deren Leistungsinhalt zeitlich bestimmt werden muß.

Zu dieser Gruppe gehören z.B. die Leistungen aus Dienst- und Arbeitsverhältnissen, Miet-, Pacht- und Leihverhältnissen und allen Schuldverhältnissen auf Unterlassung. Bei all diesen Schuldverhältnissen geht die Hauptpflicht auf ein bloßes Tun oder Unterlassen, dessen Quantum ohne Bezug auf die Zeit nicht bestimmt und begrenzt werden kann, mag nun diese Dauer selbst in ihrer Länge von vornherein festliegen, sich aus der Beschaffenheit und dem Zweck der Leistung ergeben, § 620 Abs. 2 BGB, oder unbestimmt, aber bestimmbar sein.

Die Möglichkeit, den Leistungsumfang nach der zeitlichen Dauer zu bestimmen, ist aber nicht auf solche nur zeitlich meßbaren Leistungen beschränkt, sondern besteht auch für Leistungen, die nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt werden können.

Das zeigt sich z.B. bei Verträgen über den laufenden Bezug von Verbrauchsgütern. Soll z.B. jemand Koks liefern und zwar für ein Jahr, weil der Abnehmer damit rechnet, bis zum Ende dieses Jahres seine Heizung auf Ölfeuerung eingerichtet zu haben, läßt sich aber die Höhe des Bedarfs nicht von vornherein übersehen, dann ist soviel Koks zu liefern, wie der Abnehmer während des Jahres verlangt.

---

1) Eberhardt, Zinsen, Gruchot Beiträge, Band 56 S. 30, 34; Kisch, Unmöglichkeit S. 22; Blomeyer § 9 II 1 S. 43; Kreß S. 72; Larenz I § 2 VI S. 23; vgl. Nikisch, Grundformen S. 178; Siber, Schuldrecht S. 36.

Nach Ablauf dieses Jahres kann der Abnehmer ohne neue Einigung weitere Lieferungen nicht mehr verlangen. Erst jetzt ergibt sich die Menge, die insgesamt geschuldet und zu liefern war.

Dabei kann von Anfang an vereinbart sein, daß eine bestimmte Menge je Zeiteinheit oder jeweils nach Bedarf oder Vermögen der Parteien geliefert werden soll, daß der Vertrag bestimmte oder unbestimmte Zeit dauern soll. Jedenfalls stellt sich das geschuldete Leistungsquantum endgültig erst nach Ablauf der Vertragszeit heraus.

Daß die geschuldeten Leistungen ihrem Umfang nach auch von vornherein nach Maß, Zahl oder Gewicht hätten festgelegt werden können, wird nur noch daran sichtbar, daß die Vergütung nach diesen Dimensionen bemessen wird. Denn es wird hier in der Regel nicht die Lieferung je Zeiteinheit vergütet, sondern das Maß, die Anzahl oder das Gewicht der insgesamt gelieferten Menge.

Solche Schuldverhältnisse unterscheiden sich von vorübergehenden Schuldverhältnissen nur dadurch, daß das Leistungsquantum nicht von vornherein in der üblichen Dimension bestimmt oder nach §§ 315 ff BGB bestimmbar ist.

Freilich mag es hier Übergänge zu den vorübergehenden Schuldverhältnissen geben. Soll z.B. während eines Jahres jeden Monat ein bestimmtes Quantum geliefert werden, dann läßt sich von vornherein leicht feststellen, welche Menge insgesamt geschuldet ist. Wenn die Parteien dennoch keinen Vertrag über dieses Quantum abschließen, dann rechnen sie in der Regel mit der Verlängerung des Schuldverhältnisses und damit mit einer Erweiterung des Leistungsquantums ohne neue Einigung.

Auch in diesem Grenzfall ist also das Leistungsquantum nicht von vornherein bestimmt.

Danach ist also ein Kauf vertretbarer Sachen ein vorübergehendes Schuldverhältnis, wenn das Leistungsquantum von vornherein nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt oder nach §§ 315 ff BGB bestimmbar ist und es auf die Länge einer der Bestimmung des Leistungsquantums dienenden Zeitspanne nicht ankommt, mag sich auch der Erfüllungsvorgang aus technischen oder finanziellen Gründen auf eine längere Zeit erstrecken [1].

Dabei kommt es immer auf die Hauptleistung an, weil nur sie den Charakter des Schuldverhältnisses bestimmt [2].

Umgekehrt ergibt sich als Besonderheit der Dauerschuldverhältnisse, daß es bei ihnen für die Begrenzung des Leistungsquantums auf eine ursprünglich oder nachträglich bestimmte Zeitspanne ankommt, weil diese Begrenzung anders nicht möglich ist oder im Einzelfall fehlt.

Ihre Rolle bei der Bestimmung des Leistungsquantums bedeutet aber nicht,

---

1) Larenz I § 2 VI S. 23.

2) Zepos AcP 155/486, 493.

daß diese Zeitspanne mit der Dauer der obligatorischen Bindung notwendig identisch ist.

Notwendig endet zwar die Bestimmung des Leistungsquantums durch die zeitliche Dauer mit der obligatorischen Bindung, weil nach deren Ende die bisherigen Leistungen nicht mehr geschuldet werden.

Aber die Bedeutung des Zeitelements für die Bestimmung des Leistungsumfangs kann eher aufhören als die obligatorische Bindung. Kommt z.B. bei einem befristeten Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber mit einem Monatslohn in Verzug, dann bleibt diese Summe auch nach dem Termin noch geschuldet. Die Abwicklungspflichten, z.B. beim Mietverhältnis die Rückgabe der gemieteten Sache, entstehen sogar erst jetzt [1]. Das zeigt, daß bei einem befristeten Dauerschuldverhältnis mit dem Ende der Frist nicht die obligatorische Bindung selbst endet. Das Ende der Frist ist kein Endtermin im Sinne der §§ 163, 158 Abs. 2 BGB.

Die Beendigung der Frist besagt nur, daß die folgende Zeit nicht mehr das Leistungsquantum bestimmen soll, und verdeutlicht, daß das bis dahin festgelegte Leistungsquantum das endgültige Maß der geschuldeten Leistung ist, mag seine Bestimmung bisher automatisch pro rata temporis geschehen sein, wie bei Arbeitsverhältnissen und Mietverhältnissen, oder so, daß während der für das Leistungsquantum relevanten Dauer Leistungen angefordert werden sollten, wie z.B. bei Bezugsverträgen.

Wenn also die §§ 564 und 620 BGB von einer Beendigung, § 628 Abs. 2 BGB von einer Aufhebung des betreffenden Schuldverhältnisses sprechen, dann bedeutet das nicht die Beendigung des Verpflichtungszustandes, sondern nur, daß das Leistungsquamtum festliegt und an Leistung nicht mehr geschuldet wird als quantitativ bis zu dieser Beendigung bestimmt worden ist.

Auch wenn die obligatorische Bindung fortbesteht, ist die Relevanz des Zeitelements für die Bestimmung des Leistungsumfangs beendet. Trotz Beendigung eines Schuldverhältnisses als Dauerschuldverhältnis kann es als einfaches Schuldverhältnis weiter bestehen [2].

Das ist auch der Grund für das allgemein angenommene Ergebnis [3], daß trotz Beendigung der Dauer durch Zeitablauf oder Kündigung noch ausstehende Leistungen weiter geschuldet bleiben, die Kündigung insbesondere also nur für die Zukunft wirkt.

---

1) Larenz I § 2 VI S. 24.

2) Larenz, Vertrag und Unrecht, 1. Teil, S. 155; Lehrbuch I § 2 VI S. 23; vgl. Blomeyer § 9 II 2 S. 43; Esser § 83, 3 S. 366; LG Darmstadt NJW 1963 S. 909, 910.

3) Beitzke, Nichtigkeit S. 19; Ebhardt S. 20 f; Esser § 83, 1 a S. 365; Krückmann Iher.Jb. 59/233, 349, Iher.Jb. 66/1, 3; Molitor, Kündigung S. 301; Nikisch, Grundformen S. 165; Siber Iher.Jb. 70/284; RG 82/395, 398; BGH 29/171, 173; BAG 12/104 f.

Deshalb steckt in der Begriffsbestimmung Ehrenzweigs [1], daß bei Dauerschuldverhältnissen sich die Leistungen nach der Dauer des Rechtsverhältnisses richteten und nicht umgekehrt die Dauer des Rechtsverhältnisses nach den Leistungen, insofern ein richtiger Kern, als die Dauer die Leistung quantitativ bestimmt. Aber die Maßgeblichkeit der Dauer für das Leistungsquantum braucht nicht erst mit der Lösung der schuldrechtlichen Bindung überhaupt aufzuhören, wie man dieser Begriffsbestimmung nach meinen könnte.

Damit erklärt sich auch die Möglichkeit, daß das Dauerschuldverhältnis einige Zeit ruhen kann, wie z.B. im Fall der Werksbeurlaubung [2] oder nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Eignungsübungsgesetzes und nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsplatzschutzgesetzes, während das obligatorische Band weiter besteht [3].

Während dieser Zeit wird nur das Leistungsquantum nicht weiter bestimmt.

Selbst wenn das Dauerschuldverhältnis nach seiner Beendigung als einfaches Schuldverhältnis weiter besteht, weil der Vermieter oder der Arbeitnehmer in Verzug war, kann allerdings weder die Gewährung des Gebrauchs noch die Leistung von Arbeit verlangt werden. Grund dafür ist, daß es sich hier um Fixschulden handelt [4], deren Erfüllung durch Verzug unmöglich geworden ist. Geschuldet ist jetzt Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Dauerschuldverhältnisse erlöschen also gerade nicht, wie insbesondere von Gierke meinte [5], unabhängig von der Erfüllung allein durch Zeitablauf.

Vielmehr bestimmt der Zeitablauf die Leistung quantitativ und schafft dadurch die Möglichkeit, daß durch Befriedigung des nun beschränkten Leistungsinteresses die Forderungen nach § 362 BGB wegen Erfüllung erlöschen und damit der Verpflichtungszustand selbst aufhört [6].

Solange die zeitliche Dauer noch das Leistungsquantum fortwährend bestimmt, kann freilich eine Tilgung trotz ständiger Erfüllung nicht eintreten, weil das Leistungsinteresse noch nicht begrenzt ist. Sobald aber dieser Einfluß des Zeitelements beendet ist und das Leistungsinteresse seinem Umfang nach festliegt, kann auch endgültige Befriedigung eintreten.

Der Zeitablauf bei Dauerschuldverhältnissen hat also keine Parallele in der Erfüllung bei den vorübergehenden Schuldverhältnissen [7]. Mag man sich die Wir-

1) System § 350.

2) RAG ARS 1/66; Dersch-Neumann Anm. 86.

3) vgl. Isele, Festschrift für Molitor 1962 S. 107 ff.

4) Nikisch, Grundformen S. 178; Siber, Schuldrecht S. 74, 116; Ebhardt S. 20.

5) v.Gierke Iher.Jb. 64/355, 378, Privatrecht III S. 90; ferner Nikisch, Grundformen S. 165; Stammler S. 217; Eckstein, Archiv für Bürgerliches Recht, Band 37 S. 390, 495; Gschnitzer Iher.Jb. 76/317, 329.

6) Siber, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band 2, S. 329, 333, Schuldrecht S. 116; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 208, 215.

7) Beitzke, Nichtigkeit S. 19; Larenz I § 2 VI S. 23.

kung fortwährender Erfüllung während der Relevanz der Dauer für das Leistungsquantum als Absterben der erfüllten Forderungen [1] oder als Teilerfüllung [2] vorstellen, jedenfalls können erbrachte Leistungen nicht erneut verlangt werden.

b) Der Aufbau des Dauerschuldverhältnisses

aa) Das Einzelforderungen erzeugende Stammrecht

Daß trotz Beendigung des Dauerschuldverhältnisses die noch nicht erfüllten Leistungsansprüche bestehen und durchsetzbar bleiben, könnte sich auch daraus ergeben, daß das Dauerschuldverhältnis aus einem Stammrecht besteht, das im Laufe der Zeit ständig Einzelforderungen erzeugt [3].

Bei dieser Gestaltung ließe sich das Verhältnis von Zeitablauf und Erfüllung so erklären, daß zwar die Einzelforderungen durch Erfüllung, § 362 BGB, das Stammrecht aber nur durch Zeitablauf erlöschen würden. Nach Erlöschen des Stammrechts würden zwar keine Einzelforderungen mehr entstehen, aber bis dahin noch ausstehende Leistungen dennoch weiter geschuldet bleiben.

Gegen diese Auffassung muß aber eingewendet werden, daß nicht recht ersichtlich ist, wie groß überhaupt diese einzelnen Forderungen auf die Hauptleistung sein sollen [4]. In anderem Zusammenhang sagt von Gierke selbst, daß Zeitabschnitte, nach denen z.B. eine Teilerfüllung bemessen werden könnte, bei Dauerschuldverhältnissen gar nicht feststellbar sind [5].

Diese Einzelforderungen kann man sich beliebig bemessen vorstellen, je nachdem, wie man die zeitliche Dauer einteilt [6]. So sieht z.B. von Tuhr bei Zinsen den der Dauer eines Tages entsprechenden Betrag als kleinste Teilforderung an, ohne diese Annahme zu begründen [7].

Einzelforderungen entstehen auch nicht entsprechend den Zeitabschnitten zur Bemessung der Vergütung. Abgesehen davon, daß solche Zeitabschnitte nur bei synallagmatischen Dauerschuldverhältnissen und nicht z.B. bei unentgeltlichen Schuldverhältnissen auf ein Unterlassen vorkommen, sind solche Zeitabschnitte nur ein Hilfsmittel zur Bemessung der Leistung und ihrer Vergütung. Bei Miet-

---

1) Lehmann, Unterlassungspflicht S. 207.
2) vgl. v. Gierke Iher.Jb. 64/355, 366 f.
3) v. Gierke Iher.Jb. 64/355, 360, 362, 364, 378, Privatrecht III S. 90; Hug II S. 4; v. Tuhr I S. 264.
4) vgl. Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag S. 196.
5) v. Gierke Iher.Jb. 64/355, 360.
6) Planck-Siber § 271 BGB Anm. 1 a.
7) v. Tuhr II, 1 S. 9 Note 27.

verhältnissen stehen sich z.B. auch keine einzelnen Forderungen auf Gebrauchsüberlassung für einen Monat und auf Zahlung des entsprechenden Monatszinses gegenüber. Sondern jeder Vertragspartner erstrebt die Gesamtleistung [1].

Ferner würde bei nachträglicher Vergütung z.B. von Diensten der Anspruch auf die Vergütung erst am Ende der Zeitabschnitte entstehen, eine Folgerung, die nicht mit der synallagmatischen Rechtsnatur des Dienstverhältnisses zu vereinbaren ist.

Einzelforderungen entstehen auch nicht entsprechend den Kündigungsfristen. Sonst würden z.B. bei den Arbeitsverhältnissen Angestellter diese Einzelforderungen entsprechend der nach § 2 des Angestelltenkündigungsschutzgesetzes zunehmenden Länge der Kündigungsfrist allmählich immer größer werden.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, welchen Zweck das Stammrecht selbst haben sollte [2].

Wie die Erörterungen über die Wirkung der das Leistungsquantum bestimmenden Dauer und ihrer Beendigung gezeigt haben, ist die Annahme eines solchen Rechts entbehrlich, wenn erklärt werden soll, warum das Dauerschuldverhältnis als solches beendet sein und trotzdem als einfaches Schuldverhältnis weiter bestehen kann.

Wenn in der Rechtsprechung von einem Leibrentenrecht gesprochen wurde [3], so bezweckte diese Annahme, dem Rentenpflichtigen die Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft abzuschneiden [4]. Das aber zeigt, daß dieses Leibrentenrecht tatsächlich als abstraktes Schuldversprechen nach § 780 BGB angesehen wurde.

Zur Annahme eines Stammrechts besteht auch kein Grund, wenn man das Schuldverhältnis als Organismus [5], als Gefüge und Prozeß [6] oder als Rahmenschuldverhältnis [7] auffaßt oder einen Gesamtanspruch [8] annimmt. Denn diese Begriffe sollen nur verdeutlichen, daß das Schuldverhältnis kein starres Gebilde ist, sondern sich bei Leistungsstörungen den Veränderungen anpaßt, und daß sich aus ihm außer den Ansprüchen auf die Hauptleistungen auch Nebenforderungen und Gestaltungsrechte ergeben können [9].

Aus all diesen Gründen ist die Annahme eines Stammrechts, das im Laufe der

---

1) Bydlinski, Festschrift für Steinwenter 1958 S. 140, 147 f.
2) Beitzke, Nichtigkeit S. 20; Heldrich Iher.Jb. 78/259, 262, 264 ff, 272 Note 1.
3) RG 64/133; 67/212; 136/427, 431 st.Rspr.; obiter zum "Zinsrecht" RG 74/78, 81.
4) RG 67/204, 210.
5) Siber, Schuldrecht S. 1, Iher.Jb. 70/223, 227.
6) Larenz I § 2 V S. 21.
7) Herholz AcP 130/257, 276; Enneccerus-Nipperdey, 2.Halbband, § 222 II 2 S.136
8) Langheineken S. 143.
9) Zum Verhältnis von Stammrecht und Organismus: Heldrich Iher.Jb. 78/259, 262.

Zeit Einzelforderungen erzeugt, entbehrlich.

bb) Die Annahme einheitlicher Forderungen auf Leistung für die Vertragszeit

Vielmehr entspricht das Dauerschuldverhältnis in seinem Aufbau jedem anderen Schuldverhältnis.

Von vornherein entstehen einheitliche Forderungen auf Gebrauchsgewährung für die Mietzeit oder auf Leistung von Arbeit für die Vertragszeit insgesamt und entsprechend eine einzige Forderung auf die Vergütung.

Sind diese Forderungen wie die ihr Leistungsquantum bestimmende Dauer auch sehr leicht teilbar, so entstehen doch keine Einzelforderungen pro rata temporis, ebensowenig,wie bei einem Kaufvertrag über mehrere Sachen soviel Forderungen auf Übergabe und Übereignung entstehen, wie Sachen verkauft sind.

Der Vorstellung von der einheitlichen Forderung auf das Leistungsquantum, das am Ende der für seine Bestimmung erheblichen Zeit sich ergibt, steht auch nicht entgegen, daß das endgültige Quantum zunächst unbekannt ist, weil auch die Dauer nicht in jedem Fall abzusehen ist.

Denn einmal ist das Quantum bestimmbar, weil auch die Dauer jedenfalls durch Kündigung beendet werden kann [1]. Ferner aber besteht eine ähnliche Ungewißheit über den endgültigen Umfang der Leistung bei Schadensersatzansprüchen, wenn sich der Schaden erst später in vollem Umfang herausstellt oder auch im Fall der Wahlschuld nach § 263 Abs. 2 BGB.

In diesen Fällen behauptet auch niemand, daß entsprechend der sukzessiven Klärung des Schadensumfangs Einzelforderungen entstehen. Auch im Bereicherungsrecht ist z.B. bei einem von Anfang an nichtigen Kaufvertrag der Saldo der Bereicherungsanspruch, der von vornherein entsteht, obwohl seine Höhe sich wegen § 818 BGB meist erst später herausstellt.

Wird das Leistungsquantum von der entsprechend relevanten Dauer bestimmt, dann bedeutet diese Bestimmung nur, daß diese zeitliche Dauer das von vornherein geschuldete Quantum an Leistung verdeutlicht und offenbart.

Wird das Schuldverhältnis vor Beginn der für das Leistungsquantum erheblichen Dauer z.B. durch Anfechtung einer den Vertrag bildenden Willenserklärung wieder aufgelöst oder wird bei Dauerschuldverhältnissen, in denen das Leistungsquantum nicht automatisch mit dem Zeitverlauf bestimmt wird, während der bestimmenden Dauer keine Leistung angefordert, dann stellt sich nachträglich heraus, daß nichts geschuldet wurde, also ein Leistungsanspruch von vornherein nicht vorhanden war [2].

Die Besonderheiten der Dauerschuldverhältnisse gegenüber anderen Schuld-

1) BGH LM § 242 BGB (Bc) Nr. 8; Betrieb 1962/635; OLG Hamburg NJW 1957/26.
2) Für die Zinsforderung z.B. Heldrich Iher.Jb. 78/259, 264.

verhältnissen sind also nur die Art, wie das Leistungsquantum bestimmt wird, und die fortschreitende Fälligkeit der Forderung auf diese Leistung [1].

c) Zusammenfassung

Dauerschuldverhältnisse lassen sich also wie folgt charakterisieren:

Die Leistung aus Dauerschuldverhältnissen wird quantitativ durch eine Zeitspanne bestimmt. Das am Ende dieser bestimmenden Dauer offenbar werdende Leistungsquantum ist das von vornherein geschuldete.

Dauerschuldverhältnisse bestehen nicht aus einem pro rata temporis Einzelforderungen erzeugenden Stammrecht. Das Leistungsquantum wächst auch nicht im Laufe der Zeit [2].

Vielmehr besteht auf die Hauptleistung eine einheitliche Forderung, nach der von vornherein das geschuldet ist, was quantitativ nach Ende der bestimmenden Dauer offenbar wird.

3. DIE FUNKTION DER KÜNDIGUNG

Wie eine ursprüngliche, vertraglich vereinbarte Befristung soll die Kündigung die das Leistungsquantum bestimmende Dauer begrenzen.

Den das Dauerschuldverhältnis begründenden Vertrag oder den Verwaltungsakt läßt die Kündigung unberührt.

Wie das von vornherein bestimmte Ende der Dauer löst die Kündigung auch nicht unmittelbar die schuldrechtliche Bindung selbst auf. Sie setzt also keinen Endtermin i.S. von §§ 163, 158 Abs. 2 BGB. Sie führt auch nicht zur Aufhebung der Vertragswirkungen, wie allgemein angenommen wird [3]. Denn würde die Kündigung den Verpflichtungszustand selbst unmittelbar beenden, dann müßte es eine Kündigung bei allen Schuldverhältnissen, also auch bei den vorübergehenden Schuldverhältnissen geben.

Vielmehr beendet die Kündigung das Dauerschuldverhältnis als solches und hindert nicht, daß es als einfaches Schuldverhältnis weiter besteht.

Daß die Kündigung z.B. beim faktischen Arbeitsverhältnis entbehrlich ist, liegt auch nicht daran, daß ein Verpflichtungszustand, der durch die Kündigung

---

1) Eltzbacher S. 84; Planck-Siber § 271 BGB Anm. 1 a; Siber Iher.Jb. 50/55, 182.

2) vgl. Blomeyer § 9 II S. 43; Heldrich Iher.Jb. 78/259, 264.

3) RG 82/395, 398; 83/396, 399; 90/328, 330; 116/20, 22; 124/17, 21; 128/1, 16; 155/180, 182; BGH 29/171, 173; BAG 12/104, 105; vgl. Hug II S. 8, 51; Molitor, Kündigung S. 1; Larenz I § 2 VI S. 23; v. Gierke Iher.Jb. 64/355, 380.

aufzuheben wäre, nicht besteht, sondern folgt aus dem Mangel eines Leistungsinhalts und der seinen Umfang bestimmenden Dauer, die beendet werden müßte.

Die Kündigung begrenzt nur die Zeitspanne, nach der sich bestimmt, welches Leistungsquantum geschuldet ist und verlautbart so das quantitativ von Anfang an Geschuldete. Nur so läßt sich erklären, warum trotz Kündigung Leistungsrückstände weiterhin geschuldet bleiben. Das trotz der Kündigung weiter bestehende einfache Schuldverhältnis erlischt erst durch Erfüllung. Die Kündigung ist in ihrer Wirkung also gerade nicht mit der Erfüllung vergleichbar [1].

4. DIE ARTEN DER KÜNDIGUNG

Für die Funktion der Kündigung ist nur der Unterschied zwischen der befristeten oder in ihrer Wirkung an einen bestimmten Zeitpunkt, z.B. das Wochenende, Monatsende oder Quartalsende, § 621 Abs. 2 bis 4 BGB, gebundenen Kündigung und der unbefristeten oder an solche Termine nicht gebundenen Kündigung von Bedeutung. Denn für die Funktion der Kündigung kommt es nur auf die Art ihrer Wirkung an, also darauf, ob sie erst nach Ablauf bestimmter Fristen oder nur zu bestimmten Zeitpunkten wirkt. Dagegen sind für ihre Funktion die Voraussetzungen der Kündigung, also vor allem die Frage, ob wichtige Gründe vorliegen müssen, ohne Bedeutung, weil die ordentliche Kündigung nicht immer eine befristete und die außerordentliche Kündigung nicht immer eine unbefristete Kündigung ist. So zeigen die §§ 569, 570 BGB, 57 a ZVG, daß es außerordentliche Kündigungen gibt, deren Wirkung an bestimmte Termine und den Ablauf von Kündigungsfristen gebunden ist. Andererseits sind die §§ 623, 671 Abs. 2, 723 BGB Beispiele für unbefristete ordentliche Kündigungen.

1) Diese Parallele zieht Gschnitzer Iher.Jb. 76/317, 341; dagegen Beitzke, Nichtigkeit S. 20.

IV. DAS RECHTSVERHÄLTNIS VOR ARBEITSANTRITT UND DIE KÜNDIGUNG

Welche Rechtswirkungen die Kündigung vor Arbeitsantritt haben kann, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen für ihre Funktion schon erfüllt sind. Zur Beurteilung dieser Frage muß die Rechtslage vor Arbeitsantritt, insbesondere die Bedeutung des Arbeitsantritts und des für ihn vorgesehenen Termins, erörtert werden.

Die Absprache eines bestimmten Zeitpunkts für den Arbeitsantritt deutet auf eine Einigung über Arbeit und Lohn, also darauf hin, daß die Parteien bereits einen Arbeitsvertrag und nicht erst einen Vorvertrag abgeschlossen oder einander bloß eine Option eingeräumt haben.

1. DIE RECHTLICHE BEDEUTUNG DES ARBEITSANTRITTS

a) Der tatsächliche Arbeitsantritt

Dem Beginn der tatsächlichen Erfüllung mißt Gschnitzer bei der Entstehung von Dauerschuldverhältnissen so große Bedeutung zu, daß er zu dem Ergebnis kommt, Dauerschuldverhältnisse würden wie Realverträge überhaupt erst mit dem realen Vollzug beginnen [1].

Ähnlich meinen die Vertreter der Eingliederungstheorie, daß die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb an seinem Arbeitsplatz unter den Bedingungen des Arbeitsvertrages Folgen habe, die vorher unmittelbar auf Grund des Arbeitsvertrages noch nicht eintreten würden und so weitreichend seien, daß das Arbeitsverhältnis tatsächlich erst mit der Realisierung des Arbeitsvertrages und nicht schon mit seinem Abschluß entstehen würde [2]. Insbesondere schaffe erst die Eingliederung den für Arbeitsverhältnisse bezeichnenden personenrechtlichen Zusammenschluß, der als Grundlage des Arbeitsverhältnisses den Arbeitsvertrag ablöse. Aufgabe des Arbeitsvertrags sei es nur, das Arbeitsverhältnis mitzugestalten.

Auch Nikisch mißt der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb besondere Bedeutung zu. Nach ihm entsteht die Arbeitspflicht erst dadurch, daß nach der Eingliederung der Arbeitgeber sein Direktionsrecht ausübt. Vorher ergebe sich unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag nur die Pflicht des Arbeitnehmers, gegen Lohn sich zur Arbeit zur Verfügung zu stellen. Nikisch kommt aber zu dem Ergebnis, daß diese unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung von zeitlicher Dauer abhängig sei, und daß deshalb der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis begrün-

1) Gschnitzer Iher.Jb. 76/317, 395; vgl. Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 678.
2) Siebert, Handbuch der Sozialwissenschaften, Band 1, S. 376, 388, 390; DArbR 1935/95, 96; ZAkDR 1936/95; DArbR 1937/18 f, 44 f, 306; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Band 1, Teil I, S. 40 ff.

de. Dieses Dauerschuldverhältnis sei aber auf den Zeitpunkt des Arbeitsantritts aufschiebend befristet und werde erst mit Beginn des Erfüllungsstadiums zum Arbeitsverhältnis [1].

Solch besondere Bedeutung des tatsächlichen Arbeitsantritts leugnet die in Rechtsprechung und Rechtslehre überwiegend vertretene Vertragstheorie [2].

Nach ihr entsteht die Arbeitspflicht unmittelbar auf Grund des Arbeitsvertrages. Nur sein Abschluß ist für die Entstehung des Arbeitsverhältnisses erforderlich.

Die Vertragstheorie vermeidet die Kluft zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, entspricht also der Auffassung des BGB, das Mietverhältnisse und Dienstverhältnisse als durch den Abschluß entsprechender Verträge begründete Schuldverhältnisse ansieht.

Der tatsächliche Arbeitsantritt ist allerdings in vieler Hinsicht erheblich. Z.B. ist der Arbeitgeber nur den tatsächlich in seinen Räumen oder mit seinen Geräten arbeitenden Arbeitnehmern gegenüber nach § 618 BGB zu besonderem Schutz verpflichtet, weil nur solche Arbeitnehmer sich in den vom Arbeitgeber beherrschten Gefahrenbereich begeben haben.

Ferner beginnt die Wartezeit für den Urlaubsanspruch erst mit der tatsächlichen Beschäftigung, weil erst sie auch erholungsbedürftig macht [3].

Die Rechtsprechung sieht den Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nur unter der Voraussetzung als entstanden an, daß die Frist z.B. des § 63 HGB in eine Zeit fällt, während der Arbeit hätte geleistet und Lohn hätte gezahlt werden müssen. Denn diese Regelung soll gerade den Lohnanspruch erhalten, der ohne die Arbeitsverhinderung bestanden hätte [4].

Der allgemeine Kündigungsschutz ist erst gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer eine gewisse Zeit tatsächlich beschäftigt wurde und so einen Besitzstand am Arbeitsplatz erworben hat [5].

---

1) Nikisch, Lehrbuch § 21 S. 193, 195 f, § 48 III S. 698; Festschrift für Molitor 1962 S. 83, 95; Festschrift für Nipperdey 1955 S. 65, 75; Grundformen S. 166; Iher.Jb. 80/1, 3, 7, 39, 50, 89, 90; Arbeitsvertrag S. 16, 66, 72.

2) RAG ARS 33/172, 175; 36/171, 176; 36/385, 389; 38/139; 40/221; 45/152; BAG 1/241, 245; 6/232; 8/47, 49 f; Bötticher RdA 1955/321; Dersch ZAkDR 1935/368, 371; Dietz-Nikisch § 5 AGG Anm. 13; Dietz § 4 BVG Anm. 22; Hueck DArbR 1938/180 f; Lehrbuch § 21 II S. 115 ff; RdA 1955/325; Nipperdey DArbR 1937/142 f; Oertmann S. 21; Schoan ZAkDR 1936/708, 711; Schnorr v. Carolsfeld S. 123; Staudinger-Nipperdey, Vorbemerkungen vor §§ 611 ff BGB Nr. 30; Mansfeld JW 1936/708, 711; Kaskel-Dersch S. 25.

3) Hueck, Lehrbuch § 49 III 2 a S. 436.

4) BAG AP § 63 HGB Nr. 20 und 27.

5) Hueck, Kündigungsschutzgesetz § 1 Anm. 11.

Eine ähnliche Bedeutung hat die tatsächliche Arbeitsleistung auch auf kollektivrechtlichem und betriebsverfassungsrechtlichem Gebiet.

Aber so vielfältig solche von der tatsächlichen Beschäftigung abhängenden Wirkungen auch sein mögen, sie widerlegen nicht, daß Arbeitsverträge zur Begründung von Arbeitsverhältnissen ausreichen, und zwingen nicht zu der Annahme, die gegenseitigen Forderungen würden bei Arbeitsverhältnissen erst mit Beginn des Erfüllungszustandes entstehen. Nur kann die tatsächliche Beschäftigung Merkmal mancher Anspruchstatbestände sein [1].

Auch das mit dem Arbeitsverhältnis entstehende personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis kann nicht in Anlehnung an familienrechtliche Institute als Grundlage des Arbeitsverhältnisses angesehen werden. Denn den Parteien kommt es nur auf den Austausch der Leistungen an; der personenrechtliche Zusammenschluß ist nicht Selbstzweck des Arbeitsverhältnisses [2]. Daß der Arbeitnehmer notwendig seine Person einsetzen muß, liegt in der Art der geschuldeten Leistung, vgl. § 613 BGB [3].

Der tatsächliche Arbeitsantritt kann also von rechtlicher Bedeutung sein, soweit die tatsächliche Beschäftigung im Einzelfall Tatbestandsmerkmal bestimmter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ist. Das Arbeitsverhältnis im Ganzen entsteht aber unabhängig von der tatsächlichen Beschäftigung.

b) Der für den Arbeitsantritt vorgesehene Zeitpunkt

Zu erörtern bleibt noch, welche Bedeutung der für den Arbeitsantritt vorgesehene zukünftige Zeitpunkt hat. Hierbei kommt es darauf an, welche Rechtswirkung die Parteien vom Eintritt dieses Zeitpunktes abhängig gemacht haben, §§ 163, 158 Abs. 1 BGB.

Daß der Arbeitsvertrag selbst erst bei Eintritt dieses Termins zustande kommen sollte, die Parteien einander Angebot und Annahme mit der Maßgabe erklärten, beide Willenserklärungen sollten erst zu dem vorgesehenen Termin rechtswirksam werden, kann nicht angenommen werden.

Einigen sich die Parteien bereits über den Inhalt des Arbeitsvertrages und wollen sie jedenfalls bis zu dem zukünftigen Zeitpunkt schon gebunden sein, dann kommt auch der Arbeitsvertrag schon von vornherein und nicht erst später zustande.

Vom Eintritt des für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunktes könnte aber

---

1) vgl. Reinhardt, Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957 S. 115, 127; Böttticher RdA 1955/321; Hueck, Lehrbuch § 21 IV 5 S. 125.

2) BAG 1/241, 245; Hentschel DArbR 1936/299.

3) vgl. Farthmann RdA 1960/5, 8; Riezler, Archiv für Bürgerliches Recht 27/219,240

die Entstehung der gegenseitigen Forderungen abhängig sein. Denn es ist möglich, daß die vertragliche Bindung schon besteht, der Verpflichtungszustand aber erst später eintreten soll.

Dieser Standpunkt wird in Schrifttum und Rechtsprechung vornehmlich vertreten [1].

Welche Rechtswirkung die Parteien vom Eintritt des Termins haben abhängig machen wollen, wird vor allem bei dinglichen Einigungen nicht schwer festzustellen sein. Denn hier kann sich der Termin nur auf die Entstehung des dinglichen Rechts oder seinen Übergang beziehen.

Bei schuldrechtlichen Verträgen dagegen gibt es nicht nur die Möglichkeit, daß mit dem Termin die Forderungen entstehen sollen, sondern auch, daß ein solcher Termin nur die Fälligkeit der Forderungen bewirkt, seine Vereinbarung also nur die Leistungszeit festlegt.

Die Möglichkeit der zuletzt beschriebenen Bedeutung des Termins zeigen die §§ 271 Abs. 2 und 813 Abs. 2 BGB, wo von bestehenden, aber noch nicht fälligen Forderungen die Rede ist. Diese Bedeutung wird allgemein solchen Terminen bei vorübergehenden Schuldverhältnissen zugemessen [2] und angenommen, nur die Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen, nicht ihre Entstehung sei vom Eintritt des Termins abhängig.

Es sind auch kaum Gründe denkbar, warum die Parteien ein Interesse haben könnten, die beiderseitigen Forderungen erst mit dem Termin entstehen zu lassen.

Denn die Rechtswirkungen der aufschiebend befristeten Forderung und der bloß noch nicht fälligen sind im Ergebnis gleich. In beiden Fällen kann zwar die geschuldete Leistung noch nicht verlangt werden. In jedem Fall aber ist der Berechtigte gegen schuldhafte Verletzungen seines Rechts durch den Verpflichteten geschützt.

Ist eine Forderung aufschiebend befristet, dann kann der Berechtigte bei Eintritt des Termins nach § 160 Abs. 1 BGB Schadensersatz fordern, wenn der andere Teil während der Schwebezeit die aufschiebend befristete Forderung schuldhaft verletzt und ihre Erfüllung vereitelt hat. Da die Schwebe durch ein gewisses Ereignis beendet wird, steht schon zur Zeit der Verletzung fest, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung geschuldet wird. Durchsetzbar ist dieser Anspruch erst nach dem Termin.

---

1) Beitzke, Nichtigkeit S. 11; Hueck, Lehrbuch § 21 II S. 118; Nikisch, Lehrbuch § 19 II 4 S. 166; § 21 I 1 S. 193 f; Grundformen S. 166; Iher. Jb. 80/1, 48 Note 6; Arbeitsverhältnis S. 104; Festschrift für Nipperdey 1955 S. 65, 73; Nipperdey DArbR 1937/142, 144, 146.

2) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 311; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbband, § 222 II 4 S. 1366 Note 24, § 199 II S. 1204 f; Planck-Knoke § 163 BGB Anm. 4; Oertmann § 194 BGB Anm. 4 cα ß.

Die aufschiebend befristete Forderung wird also genauso geschützt wie die zwar entstandene aber noch nicht fällige Forderung. Denn für sie folgt der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung unmittelbar aus §§ 280, 276 BGB. Auch dieser Schadensersatzanspruch, der nur an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs tritt, kann erst nach Fälligkeit geltend gemacht werden.

Diese Gleichartigkeit in den Rechtswirkungen der jeweils bestehenden Rechtslage berechtigt zu der Annahme, der Verpflichtete sei schon vor dem aufschiebenden Termin gebunden [1].

Auch der Fall, daß zu einem bestimmten Termin leicht verderbliche Waren zu liefern sind, ist kein Beispiel für ein Interesse der Parteien, die beiderseitigen Forderungen erst zum Termin entstehen zu lassen.

Ebenso wie eine ab 1.4. gemietete Sache nicht schon ab 1.3. zum Gebrauch überlassen werden kann, handelt es sich im vorher erwähnten Beispiel [2] um eine Fixschuld, deren Fälligkeit vor dem für die Leistung vorgesehenen Termin ausgeschlossen ist. Die Auslegungsvorschrift des § 271 Abs. 2 BGB läßt sich hier nicht anwenden, weil die Zeit hier wesentlicher Bestandteil der Leistung ist. Nicht nur die spätere, sondern auch die vorzeitige Leistung ist ausgeschlossen [3].

Wie es einer Stundung nicht widerspricht, daß die Forderung schon vor Fälligkeit besteht, so gilt das gleiche, wenn der Schuldner vor dem Termin zur Leistung nicht berechtigt ist. Obgleich bestehende Forderungen in der Regel vor ihrer Fälligkeit erfüllbar sind, § 271 Abs. 2 BGB, kann aus dem Ausschluß vorzeitiger Erfüllung nicht unbedingt darauf geschlossen werden, daß die Forderung auch erst mit Eintritt der Erfüllbarkeit entstehe.

Deshalb ist die h.M., die bei vorübergehenden Schuldverhältnissen aufschiebend befristete Forderungen als schon vor dem Termin entstanden ansieht, zu billigen.

Umgekehrt gilt aber als ausgemacht, daß ein entsprechender Termin bei Dauerschuldverhältnissen der früheste Zeitpunkt sei, zu dem überhaupt Forderungen entstehen, weil hier das ganze Schuldverhältnis als Organismus und Entstehungsgrund der Forderungen aufschiebend befristet sei [4].

Wie die Begründung bei Enneccerus-Nipperdey [5] erkennen läßt, geht man bei dieser Folgerung davon aus, ein Dauerschuldverhältnis sei ein im Laufe der Zeit Einzelforderungen erzeugender Organismus.

Vor Beginn dieses Prozesses würden keine Einzelforderungen entstehen.

---

1) Blomeyer, Studien Teil 1 S. 23, 31; vgl. Henle, Allgemeiner Teil S. 298 f.

2) vgl. Planck-Siber § 271 BGB Anm. 3 aα.

3) Larenz I § 17 V S. 206; Nikisch Iher.Jb. 80/1, 49 f.

4) Nikisch Iher.Jb. 80/1, 50; Grundformen S. 159, 162; Nipperdey DArbR 1937/142, 146; Oertmann § 163 BGB Anm. 4 c; v. Tuhr II, 2 § 83 S. 325, 327.

5) Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbband § 199 II S. 1206 f Note 5.

Geht man aber von der Auffassung aus, Dauerschuldverhältnisse seien genauso aufgebaut wie andere Schuldverhältnisse, dann besteht kein Grund, die Wirkung des für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunktes anders zu beurteilen als die Rechtsfolgen des Anfangstermins bei vorübergehenden Schuldverhältnissen.

Auch der für den Arbeitsantritt vorgesehene Termin bezieht sich also nicht auf die Entstehung der gegenseitigen einheitlichen Forderungen auf die Hauptleistungen. Er betrifft nur die Leistungszeit und setzt den Beginn der fortschreitenden Fälligkeit.

Wenn diesem Termin in der Rechtsprechung dennoch besondere Bedeutung zugemessen wurde [1], dann steckt in solcher Beurteilung ein richtiger Kern. Zwar ist der für den Arbeitsantritt vorgesehene Zeitpunkt ebensowenig ein Anfangstermin für die Entstehung des Verpflichtungszustandes wie die in den §§ 564 Abs. 1 oder 620 Abs. 1 BGB genannten Ereignisse Endtermine dieses Verpflichtungszustandes i.S. der §§ 163, 158 Abs. 2 BGB sind. Wohl aber beginnt mit dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkt der das Leistungsquantum bestimmende Zeitraum. Er endet mit Eintritt der in den §§ 564 Abs. 1 und 620 Abs. 1 BGB genannten Umstände.

2. DIE RECHTSLAGE VOR ARBEITSANTRITT

Für die Rechtslage vor Arbeitsantritt kommt es also nicht auf den Beginn der tatsächlichen Beschäftigung, sondern auf die Bedeutung des für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkts an. Beginnt mit ihm der das Leistungsquantum bestimmende Zeitraum, so ergibt sich für die Rechtslage vor Arbeitsantritt, daß bereits ein Arbeitsverhältnis besteht, aber nicht als Dauerschuldverhältnis, sondern nur als einfaches Schuldverhältnis. Dieses einfache Schuldverhältnis ist mit dem folgenden Dauerschuldverhältnis ebenso identisch, wie das nach dem Ende der das Leistungsquantum bestimmenden Zeit möglicherweise weiterbestehende einfache Schuldverhältnis mit dem früheren Dauerschuldverhältnis.

Der Arbeitsantritt bildet auch keine Zäsur etwa in der Weise, daß zunächst ein auf den Zeitpunkt des Arbeitsantritts endbefristetes besonderes Rechtsverhältnis besteht. Denn eine solche Annahme würde voraussetzen, daß die Parteien zwei Schuldverhältnisse begründen wollten, von denen das eine zu dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Termin endbefristet ist und das andere dann erst beginnt. Die Parteien schließen den Arbeitsvertrag auch gerade im Hinblick darauf, daß mit dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkt nur die Relevanz des Zeitelements zur Bestimmung des Leistungsquantums und das Erfüllungsstadium einsetzen und nicht ein neues Schuldverhältnis beginnt.

Auch trifft die Ansicht nicht zu, daß der Arbeitsvertrag zunächst nur eine

1) RAG ARS 40/221; 45/152, 154.

vorübergehende Forderung auf den Arbeitsantritt begründe, mit deren Erfüllung der Vertragszweck aber noch nicht erreicht werde [1]. Denn der Arbeitsantritt ist selbst schon Teil der geschuldeten Arbeit. Daß mit dem Arbeitsantritt allein der Vertragszweck noch nicht erreicht wird, steht nicht der Annahme entgegen, daß er doch schon ein Teil der den Vertragszweck bildenden Gesamtleistung ist.

Andererseits läßt sich die Rechtslage vor Arbeitsantritt auch nicht mit derjenigen eines Probearbeitsverhältnisses oder einer Vorgesellschaft, wie sie zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der handelsregisterlichen Eintragung als Kapitalgesellschaft besteht [2], vergleichen. Denn in beiden Fällen besteht bereits die Relevanz des Zeitelements für die Bestimmung des Leistungsquantums.

Ergibt sich also, daß schon vor Arbeitsantritt unmittelbar auf Grund des Arbeitsvertrages ein Schuldverhältnis besteht, das mit dem Schuldverhältnis nach Arbeitsantritt identisch ist, so kann nunmehr geprüft werden, ob dieses Schuldverhältnis vor Arbeitsantritt schon kündbar ist.

3. DIE KÜNDIGUNG BEI DIESER RECHTSLAGE

Mit dem Nachweis dieses bereits vor Arbeitsantritt bestehenden Schuldverhältnisses begnügen sich viele, um die Wirkung der Kündigung vor Arbeitsantritt zu begründen [3].

Die Möglichkeit, dieses Schuldverhältnis zu kündigen, setzt aber voraus, daß das gesetzliche Kündigungsrecht auch schon vor Arbeitsantritt entstanden ist.

a) Das Kündigungsrecht

Das Recht zu kündigen entsteht, sobald die Merkmale des Kündigungstatbestandes gegeben sind. Wie die §§ 620 ff BGB, 66, 70 ff HGB und die §§ 122, 133 a GewO z.B. zeigen, setzen die gesetzlichen Kündigungstatbestände ein Dienstverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis voraus.

Diese Kündigungstatbestände sind schon vor Arbeitsantritt erfüllt, wenn das mit Abschluß des Arbeitsvertrages entstandene Schuldverhältnis ein Dienst- und Arbeitsverhältnis i.S. dieser Kündigungstatbestände ist. Was im Sinne der angeführten Vorschriften unter einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Zweck der Kündigung, zu der diese Vorschriften berechtigen.

Wie sich oben S. 32 f ergeben hat, dient die Kündigung dazu, die Relevanz des Zeitelements für die Bestimmung des Leistungsquantums zu beenden. Diese Wir-

---

1) Nehm S. 7.

2) vgl. BGH 17/385, 388; 21/242, 246; LM § 11 GmbHG Nr. 6; BAG NJW 1963/680.

3) Hug II S. 99; Kupfer, Bayr. Zeitschrift 1919 S. 276, 277; Lotmar S. 519; Nipperdey DArbR 1937 S. 142, 146; KG OLG 20/191; LAG Niedersachsen, Betrieb 1961/311.

kung der Kündigung kann aber nur und erst eintreten, wenn der Umfang der Leistung auch tatsächlich vom Zeitverlauf bestimmt wird. Da das der einzige Zweck der Kündigung ist, genügt es zu ihrer Wirkung nicht, daß überhaupt schon ein Schuldverhältnis besteht. Vielmehr muß dieses Schuldverhältnis, um kündbar zu sein, ein Dauerschuldverhältnis geworden sein, und der Zeitverlauf muß, beim Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitsantritt beginnend, bereits für die Bestimmung des Leistungsquantums erheblich sein.

Bezieht sich die Kündigung aber nur auf Dauerschuldverhältnisse, so folgt daraus, daß die in den angeführten Vorschriften für kündbar erklärten Dienst- und Arbeitsverhältnisse auch Dauerschuldverhältnisse sein müssen.

Das Arbeitsverhältnis vor Arbeitsantritt ist aber kein solches Dauerschuldverhältnis.

Mögen auch vor dem Arbeitsantritt auf Grund des Arbeitsvertrages die Forderungen, Arbeit zu leisten und Lohn zu zahlen, schon entstanden sein, so bilden sie bis zum Beginn des für die Bestimmung des Leistungsquantums relevanten Zeitabschnitts doch nur ein einfaches, unkündbares Schuldverhältnis.

Für die Zeit vor Arbeitsantritt läßt sich die Annahme eines Dauerschuldverhältnisses auch nicht durch gewisse Vorwirkungen des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen [1].

Denn solche Vorwirkungen bestehen in der Regel nur in Aufklärungs- und Verhaltenspflichten, die schon bei den Verhandlungen über den Abschluß des Arbeitsvertrages durch den bloßen sozialen Kontakt entstehen, und die ebenso bei Verhandlungen zur Begründung vorübergehender Schuldverhältnisse auftreten [2].

Selbst wenn man diese Vorwirkungen in schon vor Arbeitsantritt bestehenden Pflichten sieht, deren Umfang der Zeitverlauf bestimmt, z.B. für den Arbeitnehmer die Pflicht, nicht den Interessen des Arbeitgebers entgegen zu handeln, so besteht kein Grund, wegen solcher Pflichten das Schuldverhältnis vor Arbeitsantritt als Dauerschuldverhältnis anzusehen. Denn solche Pflichten sind bloß unselbständige Nebenpflichten, die nur im Interesse der Hauptpflicht und nur deshalb bestehen, weil der Verpflichtete als Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis steht. Für die Frage, ob ein Dauerschuldverhältnis vorliegt, kommt es dagegen allein auf die Hauptpflicht an, die das Schuldverhältnis prägt. Ist diese Hauptpflicht noch nicht fällig, so erhält vor Arbeitsantritt die unselbständige Nebenpflicht, nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwider zu handeln, nur wegen ihrer Fälligkeit keine Selbständigkeit mit der Folge, daß sie die Hauptpflicht des Arbeitsverhältnisses vor Arbeitsantritt wäre.

---

1) So aber Nipperdey DArbR 1937/142, 146; Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 75; Siebert DArbR 1937/306, 309; LAG Stuttgart BB 1957 S. 1038 f; LAG Düsseldorf (Kammer Köln) BB 1962 S. 1331.

2) vgl. Herholz AcP 130/257, 276.

Besteht also vor Arbeitsantritt kein Dauerschuldverhältnis, ist aber für die Kündigungstatbestände ein solches Schuldverhältnis erforderlich, so sind vor Arbeitsantritt die Kündigungstatbestände nicht erfüllt. Da das Recht zu kündigen erst entsteht, wenn der Kündigungstatbestand erfüllt ist, besteht vor Arbeitsantritt das Kündigungsrecht noch nicht.

b) Die Erklärung der Kündigung vor Arbeitsantritt

Daß vor Arbeitsantritt das Kündigungsrecht noch nicht besteht, schließt nicht aus, daß die Kündigung schon vor Arbeitsantritt ausgesprochen wird und dem anderen Teil zugeht. Denn das schon vor Arbeitsantritt bestehende Schuldverhältnis ist darauf angelegt, in die Phase des Dauerschuldverhältnisses überzugehen.

Es steht also schon vor Arbeitsantritt fest, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des Kündigungsrechts eintreten und damit das Kündigungsrecht selbst entstehen wird. Die Kündigung vor Arbeitsantritt ist also nicht die Ausübung eines schon bestehenden, sondern eines künftigen Kündigungsrechts. Wird vor Arbeitsantritt gekündigt, dann besagt diese Erklärung, daß das Kündigungsrecht ausgeübt sein soll, sobald sein Tatbestand erfüllt und es entstanden sein wird.

Dieser Inhalt der Kündigungserklärung vor Arbeitsantritt macht aber nicht noch eine weitere Kündigungserklärung nach Arbeitsantritt erforderlich. Denn es steht schon vor dem Arbeitsantritt fest, daß das Kündigungsrecht entstehen wird, und der Kündigende hat bereits seinen Willen bekundet, dieses Recht auch auszuüben, so daß die Wirkung der vor Arbeitsantritt erklärten Kündigung nach Arbeitsantritt ohne weiteres eintritt.

Andererseits kann die Erklärung der Kündigung vor Arbeitsantritt nicht mit dem Fall verglichen werden, daß nach Arbeitsantritt eine Kündigung vor dem Zeitpunkt ausgesprochen wird, zu dem sie spätestens hätte erklärt werden müssen [1]. Denn in der Zeit nach Arbeitsantritt ist der Tatbestand des Kündigungsrechts erfüllt, vor dem Arbeitsantritt aber noch nicht.

c) Die Rechtswirkungen der vor Arbeitsantritt erklärten Kündigung

Mag die Kündigung auch schon vor Arbeitsantritt erklärt sein, so können die der Kündigung eigenen Rechtswirkungen dennoch erst eintreten, nachdem die Kündigungsbefugnis entstanden, der Kündigungstatbestand i.S. z.B. der §§ 620 ff BGB, 66, 70 ff HGB, 122, 133 a GewO erfüllt ist. Das aber ist erst der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitsantritt ein Dauerschuldverhältnis geworden ist.

---

1) Auf diese Parallele bezieht sich das BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB.

aa) Die befristete Kündigung

Die schon vor Arbeitsantritt abgegebene Kündigungserklärung ist Ausübung des Kündigungsrechts erst, sobald dieses Recht entstanden ist. Nach den gesetzlichen Kündigungstatbeständen beginnt die Kündigungsfrist erst mit einer Kündigungserklärung zu laufen, die auch Ausübung des Kündigungsrechts ist. Da vor Arbeitsantritt das Kündigungsrecht noch nicht besteht, kann die Kündigungsfrist nicht schon vor Arbeitsantritt verstreichen.

Ihrem Zweck nach soll die Kündigungsfrist eine Mindestfrist sein, um dem Empfänger der Kündigung die Möglichkeit zu geben, sich rechtzeitig auf die bevorstehende Rechtsänderung einzustellen. Ein Bedürfnis zu diesem Schutz gegen Überraschung besteht aber nicht schon, wenn erst angekündigt wird, daß ein künftiges Kündigungsrecht ausgeübt werden werde, sondern erst dann, wenn auf Grund eines gegenwärtigen Kündigungsrechts gekündigt wird. Die Einhaltung dieser Mindestfrist ist erst dann gerechtfertigt, wenn überhaupt das Kündigungsrecht entstanden ist.

Zwar hat der Empfänger der Kündigung schon vor Arbeitsantritt die Möglichkeit, sich nach einem neuen Vertragspartner umzusehen. Aber daraus folgt nicht, daß auch die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt verstreichen könnte [1]. Wenn man für die Frage nach dem Beginn der Kündigungsfrist nur auf ihren Zweck abstellen würde, dann müßte die Kündigungsfrist auch sonst immer schon beginnen, wenn der Empfänger der Kündigung von dieser Kündigung sichere Kenntnis hat, mag auch viel früher gekündigt worden sein als spätestens möglich. Würde die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt verstreichen, dann wäre denkbar, daß sie schon abgelaufen ist, bevor überhaupt das Kündigungsrecht entstanden ist.

Kann also die Kündigungsfrist erst nach Arbeitsantritt verstreichen, so beginnt sie, wenn die Kündigung schon vor Arbeitsantritt erklärt worden ist, mit Anbruch des für den Arbeitsantritt vorgesehenen Tages, § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Gegen dieses Ergebnis, daß die volle Kündigungsfrist in die Zeit nach Arbeitsantritt fallen muß, wird eingewendet, daß vor Arbeitsantritt durch den Ausschluß der Kündigungswirkungen die Bindung der Parteien fester sei als danach. Da die Schaffensgemeinschaft noch nicht entstanden sei, rechtfertige sich vor Arbeitsantritt zumindest die gleich leichte Lösbarkeit wie danach [2]. Die Kündigungsfrist müsse daher auch schon vor Arbeitsantritt verstreichen können.

Daß die Kündigungsfrist frühestens mit dem Arbeitsantritt beginnt, ist aber die natürliche Folge davon, daß die Parteien sich zum Leistungsaustausch unter

1) So aber Hueck, Kündigung S. 30, Anmerkung in ARS 18/259; Hug II S. 86, 99; Fürst, Recht 1905 S. 589; Volkhausen S. 31.

2) Hueck, Lehrbuch § 56 VII 2 S. 556; Anmerkung in ARS 18/259; Lotmar S. 519; Staudinger-Nipperdey, Vorbemerkungen vor § 611 BGB Nr. 56; Rüstig, AR-Blattei, Kündigung I C, Kündigung vor Arbeitsantritt; Fauth, Betrieb 1961/707.

den Bedingungen des Vertrages verpflichtet haben. Zu diesen Vertragsbedingungen gehören auch die gesetzlichen Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung.

Könnte die Kündigungsfrist noch vor Arbeitsantritt ablaufen, dann würde das Zeitelement für die Bestimmung des Leistungsquantums nie relevant werden und der Umfang der geschuldeten Leistung würde sich als Null herausstellen. Stünde aber fest, daß nichts geschuldet wird, so würde der Verpflichtungszustand selbst wegen Wegfalls des Schuldinhalts und Schuldzwecks [1] enden. Wäre daher jede Partei imstande, diese Rechtsfolge durch eine von Kündigungsgründen unabhängige ordentliche Kündigung willkürlich herbeizuführen, dann hätte der Abschluß von Arbeitsverträgen, nach denen der Leistungsaustausch erst später beginnen soll, wenig Zweck [2]. Denn keine Partei könnte sich darauf verlassen, daß es zum Leistungsaustausch überhaupt kommt. Zwar kann nach Arbeitsantritt sich niemand darauf verlassen, die andere Vertragspartei werde nicht zum nächsten Termin kündigen. Aber in diesem Fall wird durch die Kündigung nur der weitere Leistungsaustausch nicht aber jeglicher Leistungsaustausch verhindert.

Daß die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt beginnen könne, wird auch damit begründet, daß der Wert der für die Dauer der Kündigungsfrist nach Arbeitsantritt zu leistenden Arbeit für den Arbeitgeber wirtschaftlich nur gering sei. Denn erfahrungsgemäß müsse der Arbeitnehmer sich in der ersten Zeit nach Arbeitsantritt erst einarbeiten [3].

Hiergegen ist aber einzuwenden, daß der Arbeitnehmer auch sonst, wenn der Leistungsaustausch sofort beginnen soll, eine gewisse Zeit braucht, um sich in Arbeit und Betrieb zu finden, und es ist möglich, daß die für das Leistungsquantum relevante Zeitspanne sich durch Kündigung auf diese Zeit wirtschaftlich noch nicht vollwertiger Arbeit beschränkt. Dieses Ergebnis läßt sich nur durch Vereinbarung einer bestimmten Dauer verhindern.

Zu dem Ergebnis, daß die Kündigungsfrist frühestens mit dem Arbeitsantritt beginnt, kommt auch das Bundesarbeitsgericht. Es beruft sich dazu auf die Interessenlage und den Grundsatz des Vertrauensschutzes [4]. Könnte nämlich die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt ablaufen, dann würden dadurch die Interessen des Empfängers der Kündigung verletzt, weil sich die eine Partei von ihrer Verpflichtung einseitig lösen könnte, obwohl die andere sich bereits auf den erwarteten Leistungsaustausch eingerichtet haben kann.

Es ist aber gerade die Frage, wessen Interesse überwiegt, ob das des Kündigenden an den Wirkungen der Kündigung oder das des Empfängers der Kündigung an der

1) Blomeyer § 41 I S. 251.

2) vgl. Molitor, Arbeitsrecht 1932 Sp. 671, 675.

3) LG Berlin, KG-Blätter 1927/20; Hueck, Lehrbuch § 56 VII S. 555 f; Richter DArbR 1938/196, 197.

4) BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB.

Leistung.

Aus der Überlegung, der Empfänger der Kündigung habe in Erwartung des Leistungsaustausches möglicherweise sein bisheriges Arbeitsverhältnis beendet oder andere Abschlußmöglichkeiten ausgeschlagen, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, warum demgegenüber das Vertrauen des Kündigenden auf die Rechtswirkungen seiner Kündigung zurückstehen soll. Denn auch der Kündigende kann sich entsprechend eingerichtet, sich insbesondere bereits anderweitig neu gebunden haben.

Vielmehr ergibt sich diese Interessenabwägung aus den gesetzlichen Kündigungstatbeständen, die Kündigungen nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich machen. Solange ein solcher Kündigungstatbestand nicht erfüllt ist, insbesondere das Arbeitsverhältnis nicht zu einem Dauerschuldverhältnis geworden ist, besteht auch das Kündigungsrecht noch nicht, kann insbesondere die ordentliche Kündigung nicht die Rechtswirkung haben, daß die Kündigungsfrist noch vor Arbeitsantritt vergeht. Das Vertrauen des Kündigenden auf diese Rechtswirkungen der ordentlichen Kündigung vor Arbeitsantritt ist also ungerechtfertigt.

Wenn das Bundesarbeitsgericht seine im Ergebnis zutreffende Entscheidung mit der Interessenlage und dem Grundsatz des Vertrauensschutzes begründet, so wertet es die Parteiinteressen letztlich nach § 242 BGB, obwohl diese Interessenwertung sich bereits aus den spezielleren gesetzlichen Kündigungstatbeständen ergibt.

Die Begrifflichkeit der entwickelten Lösung ist nicht zu leugnen. Aber de lege lata wird man die Frage nach den Wirkungen der Kündigung vor Arbeitsantritt kaum anders beantworten können. Auch aus der Interessenlage oder aus wirtschaftlichen Erwägungen ergibt sich weder eindeutig die Zulässigkeit noch die Unzulässigkeit der Kündigung vor Arbeitsantritt.

bb) Die an bestimmte Termine gebundene Kündigung

Häufig ist die Kündigung im Arbeitsrecht nur zu bestimmten Zeitpunkten möglich. So kann nach § 621 Abs. 1 bis 3 BGB nur zum folgenden Tag, zum Wochenende, zum Monatsende oder z.B. nach §§ 621 Abs. 4 BGB, 66 HGB, 133 a GewO nur zum Quartalsschluß gekündigt werden.

Ist z.B. die Kündigung nur zum Ende des Quartals mit einer Frist von sechs Wochen möglich und soll laut Vertrag vom 1.5. die Arbeit am 1.6. beginnen, dann fragt sich, ob die Kündigung schon zum Ende des Juni oder erst zum folgenden Quartalsende möglich ist. Denn können auch die Rechtswirkungen der Kündigung erst eintreten, nachdem der Kündigungstatbestand erfüllt ist, so ist der 30.6. immerhin das erste Quartalsende nach Arbeitsantritt.

Die Antwort ergibt sich aus dem weiteren Erfordernis, daß bis zu diesem Termin die Kündigungsfrist verstreichen muß. Diese aber beginnt erst mit dem Arbeitsantritt. Bis zum 30.6. ist aber die frühestens mit dem 1.6. beginnende Kündigungsfrist von sechs Wochen jedenfalls nicht gewahrt, so daß zum Juniende nicht

gekündigt werden kann.

Für die an bestimmte Termine gebundene Kündigung ergibt sich also aus der Notwendigkeit, daß die Kündigungsfrist erst mit Arbeitsantritt beginnt, daß ein Termin, zu dem frühestens gekündigt werden kann, nur ein solcher nach Arbeitsantritt ist, bis zu dem die mit dem Arbeitsantritt beginnende Kündigungsfrist noch verstreichen kann.

cc) Die unbefristete Kündigung

Braucht eine Kündigungsfrist nicht eingehalten zu werden, dann wirkt die vor Eintritt des für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkts erklärte Kündigung schon für den ersten Moment des Zeitverlaufes, der das Leistungsquantum bestimmt. Beginn und Ende dieses Zeitverlaufes fallen zusammen; er ist gleich Null. Dasselbe läßt sich von dem durch ihn zu bestimmenden Leistungsquantum sagen.

Es stellt sich in diesem Fall heraus, daß von vornherein nichts geschuldet wurde. Bei Zugang einer unbefristeten Kündigung, sei es eine außerordentliche oder eine ordentliche, insbesondere entfristete [1] Kündigung vor Arbeitsantritt steht dann schon fest, daß von der versprochenen Leistung nichts geschuldet wird. Wegen Wegfalls von Schuldinhalt und Schuldzweck [2] endet der Verpflichtungszustand selbst.

Im Arbeitsrecht ist die unbefristete Kündigung in der Regel eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Hier brauchen nicht alle Sachlagen, die solch wichtige Gründe darstellen könnten, erörtert zu werden. Aber die Frage, ob es ein solcher Grund zur außerordentlichen Kündigung ist, wenn dem Arbeitnehmer das Angebot zu einem besonders günstigen Arbeitsvertrag gemacht wird, ist für das hier behandelte Problem von erheblicher Bedeutung.

Ein solcher Grund zur außerordentlichen und damit fristlosen Kündigung würde vor Arbeitsantritt immer die sofortige Beendigung des Verpflichtungszustandes ermöglichen. Da der Arbeitnehmer vor Arbeitsantritt in der Regel nur kündigt, weil er inzwischen eine bessere Stellung gefunden hat, würde seine Kündigung vor Arbeitsantritt unproblematisch sein.

Rechtsprechung und Schrifttum sehen eine solche Verbesserungsmöglichkeit grundsätzlich nicht als wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung [3] an, es sei denn, dem Arbeitnehmer bietet sich die denkbar beste Möglichkeit zum Auf-

1) Hueck, Lehrbuch § 57 V S. 567.

2) Blomeyer § 41 I S. 251.

3) LAG Bremen AP § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 3; LAG Wetzlar ebendort Nr. 4; Arbeitsgericht Wilhelmshaven, Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung 1956/59; Diekhoff BB 1962/717; Hueck, Anmerkung zu LAG Bremen AP § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 3; Lufft, Betrieb 1962/540.

stieg, die sonst verloren ginge [1].

Positiviert ist ein solcher Grund zur außerordentlichen Kündigung nur in § 68 SeemG. Nach dieser Bestimmung kann ein Besatzungsmitglied, das nachweislich im Schiffsdienst eine höhere Stellung erhalten kann, fristlos kündigen, wenn ohne besondere Kosten für den Reeder und ohne Aufenthalt für das Schiff ein Ersatzmann an seine Stelle treten kann.

Hierbei handelt es sich aber nur um eine singuläre Regelung, die darauf hinausläuft, den Arbeitgeber zu veranlassen, den ursprünglichen Vertrag durch einen neuen mit einem anderen Arbeitnehmer zu ersetzen. Zwar wird ein Arbeitgeber in der Regel in die Aufhebung willigen, wenn ihm ein gleichwertiger Ersatzmann gestellt wird, aber er kann zu einem solchen Verfahren nicht gezwungen werden.

Eine derartige Verbesserungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer ist weder ein in den Personen der Vertragspartner liegender wichtiger Grund noch gar eine Änderung der objektiven Verhältnisse [2], die vielleicht die Wertrelation von Leistung und Gegenleistung verschieben würde. Vielmehr ist das Risiko, daß den Parteien bessere Geschäftsmöglichkeiten entgehen, die normale Folge jeder vertraglichen Bindung, die doch gerade dazu dient, den Vertragspartner zur versprochenen Leistung anzuhalten, auch wenn er nachträglich ein günstigeres Angebot erhalten hat. Schließlich ändert sich im Handelsverkehr die Marktlage stündlich, ohne daß entgehende Gewinnmöglichkeiten Gründe zum Rücktritt oder für den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind.

Daß die Bindung bloß lästig ist, genügt daher zur außerordentlichen Kündigung nicht. Würde man solche Möglichkeit zu günstigerem Abschluß als wichtigen Grund ansehen, dann müßte auch der Arbeitgeber fristlos kündigen können, wenn er die Gelegenheit hat, Arbeitnehmer zu ihm günstigeren Bedingungen einzustellen. Sogar eine Änderungskündigung wäre dann in der Regel eine außerordentliche Kündigung.

Nur in seltenen Ausnahmefällen wird der Arbeitnehmer durch die Bindung über das übliche Vertragsrisiko hinaus persönlich betroffen sein, z.B. wenn diese Bindung ihn an anderweitiger entscheidender Qualifizierung hindert und ihm eine seltene Chance zu wissenschaftlicher Weiterbildung geboten wird, die unter keinen Umständen wiederkehren wird [3].

Auf eine unbefristete, also in der Regel außerordentliche Kündigung vor Arbeitsantritt endet also das Arbeitsverhältnis bereits vor Arbeitsantritt.

---

1) LAG Mannheim, Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung 1953/26; Lufft, Betrieb 1962/540, 541.

2) Hueck, Lehrbuch § 59 III 1 S. 583.

3) Lufft, Betrieb 1962/540, 542; vgl. auch LAG Mannheim, Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung 1953/26.

dd) Die jederzeit mögliche Kündigung

Kann zu jedem beliebigen Zeitpunkt gekündigt werden und ist eine Kündigungsfrist einzuhalten, wie z.B. nach den §§ 623, 2. Halbsatz BGB, 122 GewO, so hat diese Kündigung die Rechtswirkungen einer vor Arbeitsantritt erklärten befristeten Kündigung, die Kündigungsfrist fällt also in die Zeit nach Arbeitsantritt.

Braucht eine Kündigungsfrist nicht eingehalten zu werden, wie z.B. nach § 623, 1. Halbsatz BGB, so tritt die Rechtsfolge der unbefristeten Kündigung ein, und der Verpflichtungszustand selbst endet schon vor Arbeitsantritt.

ee) Zusammenfassung

Von den Rechtswirkungen der vor Arbeitsantritt erklärten Kündigung läßt sich also zusammenfassend folgendes sagen:

Die gesetzliche Kündigung setzt ein Dauerschuldverhältnis voraus, d.h. ein Schuldverhältnis, bei dem der Umfang der geschuldeten Leistung durch den Zeitverlauf bestimmt wird. Diese Relevanz des Zeitelements zur Bestimmung des Leistungsquantums beginnt beim Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitsantritt. Erst mit Arbeitsantritt wird also das Arbeitsverhältnis zum Dauerschuldverhältnis, erst dann ist der Tatbestand des Kündigungsrechts erfüllt, und das Kündigungsrecht entsteht.

Da das Kündigungsrecht frühestens mit dem für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkt entsteht, können die Rechtswirkungen der Kündigung grundsätzlich auch erst mit dem Arbeitsantritt eintreten.

Das bedeutet für die befristete Kündigung, daß die Kündigungsfrist erst mit Arbeitsantritt beginnt.

Braucht eine Kündigungsfrist nicht gewahrt zu werden, so hat eine entsprechende, vor Arbeitsantritt erklärte Kündigung zur Folge, daß Beginn und Ende der das Leistungsquantum bestimmenden Zeit zusammenfallen. Damit steht schon mit der Erklärung der unbefristeten Kündigung vor Arbeitsantritt fest, daß das Leistungsquantum gleich Null sein und nichts geschuldet werden wird. Ist aber in Zukunft keine Leistung geschuldet, so besteht auch gegenwärtig keine Verbindlichkeit. Die auf Grund des Arbeitsvertrages entstandenen Forderungen erlöschen, weil der Zweck des Verpflichtungszustandes entfallen ist. Die künftige Rechtswirkung der unbefristeten Kündigung vor Arbeitsantritt, die zur Bestimmung des Leistungsquantums dienende Zeit auf Null zu begrenzen, wirkt sich also schon in dem Zeitpunkt aus, in dem vor Arbeitsantritt gekündigt wird. Insofern hat also die unbefristete Kündigung doch schon Rechtswirkungen vor Arbeitsantritt.

Für die Frage nach den Rechtswirkungen der Kündigung vor Arbeitsantritt kommt es also nur auf den Gegensatz zwischen der befristeten und der unbefristeten Kündigung an. Ohne Bedeutung ist, ob es sich dabei um eine in ihrer Rechtswirkung an bestimmte Termine gebundene Kündigung oder um eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung handelt.

Das über die Rechtswirkungen der Kündigung vor Arbeitsantritt Gesagte gilt

auch unabhängig davon, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer vor Arbeitsantritt gekündigt hat. Die gesetzlichen Kündigungsbedingungen sind für beide Teile gleich [1].

d) Die Bedeutung der Kündigungsbeschränkungen für die vor Arbeitsantritt erklärte Kündigung

Da sich die Rechtswirkungen der befristeten Kündigung auf die mit dem Arbeitsantritt beginnende Zeit beschränken, gilt bei ihr hinsichtlich der Kündigungsbeschränkungen das gleiche wie für die Kündigung nach Arbeitsantritt.

Die unbefristete Kündigung wirkt sich schon vor Arbeitsantritt aus. Deshalb bleibt zu erörtern, inwieweit die Kündigungsbeschränkungen auf die unbefristete Kündigung vor Arbeitsantritt anwendbar sind.

Als Kündigungsbeschränkungen kommen im wesentlichen der allgemeine und besondere Kündigungsschutz, die Verbote, rechtsmißbräuchlich oder zur Unzeit zu kündigen, und die Anhörung des Betriebsrates in Betracht.

aa) Der Kündigungsschutz

Der allgemeine Kündigungsschutz, wegen § 11 Abs. 1 Satz 1 KSchG auf die ordentliche Kündigung beschränkt, setzt voraus, daß der Arbeitnehmer schon seit mindestens sechs Monaten im Betrieb des Arbeitgebers beschäftigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG. Diese Voraussetzung fehlt aber jedenfalls im Fall der Kündigung vor Arbeitsantritt. Gegenüber einer derartigen Kündigung hat also der Arbeitnehmer keinen allgemeinen Kündigungsschutz.

Das Erfordernis der tatsächlichen Beschäftigung besteht nicht für den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 9 MuSchG und 14 ff SchwBG. Dieser Kündigungsschutz besteht daher auch gegenüber der Kündigung vor Arbeitsantritt und zwar auch gegenüber der außerordentlichen Kündigung [2].

bb) Die gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung vor Arbeitsantritt

Für die außerordentliche Kündigung und die ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers gilt § 242 BGB unbeschränkt. Für diese Fälle der Kündigung vor Arbeitsantritt ergeben sich keine Besonderheiten.

Das gleiche läßt sich von der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers vor Arbeitsantritt sagen. Doch ist hier zu berücksichtigen, daß die sich aus § 242 BGB ergebenden Einschränkungen der Rechtsausübung weitgehend durch § 1 KSchG spezialisiert sind, in dem bereits das besondere Interesse des Arbeitnehmers daran,

1) vgl. BAG AP § 67 HGB Nr. 2.

2) § 19 Abs. 3 Satz 2 SchwBG; Nikisch, Lehrbuch § 52 II 2 S. 811; Bulla § 9 MuSchG Anm. 26.

den Arbeitsplatz zu behalten, gewürdigt ist. Für dieses Interesse am Arbeitsplatz kann der Arbeitnehmer sich nicht zusätzlich noch auf § 242 BGB berufen.

Dagegen ist § 242 BGB nicht verdrängt, wenn der Arbeitnehmer Willkür oder gegensätzliches Verhalten des Arbeitgebers vortragen kann [1].

Diese teilweise Verdrängung des § 242 BGB durch den allgemeinen Kündigungsschutz gilt nicht nur für Arbeitnehmer, die den allgemeinen Kündigungsschutz genießen, sondern auch für solche, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen. Wenn der Gesetzgeber für sie den allgemeinen Schutz des Arbeitsplatzes als entbehrlich angesehen hat, dann können diese Personen sich insoweit auch nicht auf § 242 BGB berufen [2].

Dieses besondere Verhältnis zwischen § 242 BGB und dem Kündigungsschutzgesetz besteht unabhängig davon, ob die Kündigung schon vor Arbeitsantritt erklärt wurde oder nicht.

cc) Die Kündigung zur Unzeit

Das Verbot, unzeitgemäß zu kündigen, dient bei der unbefristeten Kündigung einem ähnlichen Zweck wie die Kündigungsfrist bei der befristeten Kündigung. Es soll den Empfänger der Kündigung vor all zu plötzlicher Rechtsänderung bewahren. Wird zur Unzeit gekündigt, so ist diese Kündigung zwar rechtswirksam. Der Kündigende macht sich aber schadensersatzpflichtig, §§ 627 Abs. 2 Satz 2, 671 Abs. 2 Satz 2, 723 Abs. 2 Satz 2 BGB. Es ist daher zweckmäßig, nicht auch die rechtsmißbräuchliche und daher unwirksame Kündigung als unzeitgemäße Kündigung zu bezeichnen, wie zuweilen geschieht [3].

Das Verbot, zur Unzeit zu kündigen, wird nur bei der ordentlichen Kündigung erheblich. Denn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung ist zugleich ein wichtiger Grund zur unzeitgemäßen Kündigung, vgl. §§ 627 Abs. 2 Satz 1, 671 Abs. 2 Satz 1, 723 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Handelt es sich aber um eine ordentliche Kündigung und wirkt sie sich schon vor Arbeitsantritt aus, wie die unbefristete Kündigung, so ist diese Kündigung nicht schon deshalb unzeitgemäß, nur weil sie mit Rechtswirkung vor Arbeitsantritt ausgesprochen worden ist. Denn ob sich ihr Empfänger auf die geänderte Rechtslage rechtzeitig einstellen konnte, hängt von den jeweils verschiedenen Umständen des Einzelfalls ab und läßt sich nicht allgemein entscheiden.

Abgesehen vom Fall der unzeitgemäßen Kündigung verpflichtet eine Kündigung nie zu Schadensersatz. Denn sie ist keine Vertragsverletzung [4].

---

1) BAG 8/132.

2) Hueck, Kündigungsschutzgesetz S. 38 f; Nikisch, Lehrbuch § 51 XII 2 S. 800; Siebert BB 60/1032.

3) vgl. BAG AuR 1962/61; Herschel AuR 1962/63; aber Wüst BB 1963/609.

4) BAG 8/132, 137.

Kündigungen sind die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Gestaltungsrechte zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen unter den gesetzlichen Bedingungen.

Ob eine Kündigung vor Arbeitsantritt unzeitgemäß ist, läßt sich nicht anders entscheiden als für eine Kündigung nach Arbeitsantritt. Auch ist die Kündigung vor Arbeitsantritt kein schlechthin zu Schadensersatz verpflichtendes Verhalten.

dd) Die Anhörung des Betriebsrates

Die nach § 66 Abs. 1 BVG gebotene Anhörung des Betriebsrates ist bei der Kündigung vor Arbeitsantritt entbehrlich, weil von ihr die Betriebsgemeinschaft nicht berührt wird. Damit § 66 BVG angewendet werden kann, ist erforderlich, daß der Empfänger der Kündigung dem Betrieb schon tatsächlich angehört.

Denn das Betriebsverfassungsgesetz regelt in erster Linie Vorgänge in der tatsächlichen Betriebsgemeinschaft. Einstellung, Umgruppierung, Versetzung und Entlassung, § 60 Abs. 2 BVG, sind tatsächliche Vorgänge in der Betriebsgemeinschaft, die mit einer Änderung der Rechtslage verbunden sein können, diese aber nicht voraussetzen.

Hat eine Kündigung schon Rechtswirkungen vor Arbeitsantritt, so steht fest, daß dadurch die tatsächliche Betriebsgemeinschaft nie berührt werden wird.

ee) Zusammenfassung

Bei Kündigungen mit Rechtswirkung schon vor Arbeitsantritt gelten grundsätzlich die Kündigungsbeschränkungen, es sei denn, daß sie voraussetzen, daß durch die Kündigung die tatsächliche Betriebsgemeinschaft berührt wird und der Arbeitnehmer schon eingegliedert ist, wie bei dem allgemeinen Kündigungsschutz und der Anhörung des Betriebsrates. Da diese Voraussetzungen vor Arbeitsantritt nicht erfüllt sind, bestehen insoweit keine Kündigungsbeschränkungen.

e) Kündigungserleichterungen

Für die Kündigung vor Arbeitsantritt ist vor allem die Vertragsklausel von Bedeutung, nach der die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt beginnen soll.

Zwar können die Parteien sich nicht darüber hinwegsetzen, daß die Kündigungsfrist begrifflich nicht vor dem Arbeitsantritt beginnt. Aber eine solche Abrede bedeutet, daß die notwendig in die Zeit nach Arbeitsantritt fallende Kündigungsfrist sich im Fall einer schon vor Arbeitsantritt erklärten Kündigung auf eine Zeitspanne verkürzt, die nach dem Zeitpunkt des Arbeitsantritts noch verstreichen müßte, wenn der Leistungsaustausch und damit der Lauf der Kündigungsfrist schon im Zeitpunkt der Kündigungserklärung begonnen hätten.

Wurde also schon so zeitig gekündigt, daß bis zum Termin des Arbeitsan-

tritts eine der Kündigungsfrist entsprechende Zeitspanne verstreichen kann, so bedeutet die Abrede, daß die Kündigungsfrist schon vor Arbeitsantritt ablaufen könne, abgesehen von den Mindestkündigungsfristen der §§ 67 Abs. 1 HGB und 133 a a GewO, die Entbindung von der Einhaltung der Kündigungsfrist. In diesem Fall hat eine befristete Kündigung vor Arbeitsantritt die gleiche Wirkung wie die Erklärung der unbefristeten Kündigung vor Arbeitsantritt.

V. DAS ERGEBNIS

Obwohl das Kündigungsrecht erst mit dem Arbeitsantritt entsteht, kann die Kündigung schon vor Arbeitsantritt erklärt werden.

Handelt es sich dabei um eine befristete Kündigung, dann beginnt die Kündigungsfrist frühestens mit Anbruch des für den Arbeitsantritt vorgesehenen Tages.

Dagegen hat die unbefristete Kündigung vor Arbeitsantritt die Wirkung, daß mit ihrem Zugang vor Arbeitsantritt der Verpflichtungszustand endet.

Für das auf Seite 1 geschilderte Beispiel eines am 1.5. zum 1.6. eingestellten gewerblichen Arbeiters bedeutet dieses Ergebnis, daß eine Kündigung jedenfalls schon vor dem 1.6. erklärt werden kann.

Die befristete Kündigung kann frühestens zum Ablauf des 14.6. (§§ 122 GewO, 187 Abs. 2 BGB) ausgesprochen werden. Die Kündigungsfrist beginnt am 1.6. (§ 187 Abs. 2 BGB).

Handelt es sich bei der vor dem 1.6. erklärten Kündigung um eine unbefristete Kündigung, so endet die durch den Abschluß des Arbeitsvertrages geschaffene obligatorische Bindung der Parteien mit dem Zugang dieser Kündigung vor Arbeitsantritt.

LEBENSLAUF

Am 23. Februar 1938 bin ich in Berlin geboren worden. Nach dem Besuch der Volksschule kam ich 1950 auf die Tannenberg-Schule, Oberschule wissenschaftlichen Zweiges, die ich 1957 mit dem Reifezeugnis verließ.

Von 1957 bis 1961 studierte ich an der Freien Universität Berlin acht Semester Rechtswissenschaft und legte Ende 1961 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit Mai 1962 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst im Kammergerichtsbezirk.

G. Bauknecht, Dissertations-Druckerei, 8 München 8, Zeppelinstr. 79, Tel. 458195